

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**O REGIME DA CLEMÊNCIA  
NO  
DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

Laura Isabel Oliveira Morais de Sousa Girão

**MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA  
ESPECIALIDADE DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E  
REGULAÇÃO**

**2019**

Ao meu Filho Francisco.

Ao meu Orientador Exmo. Senhor Professor Doutor Miguel Moura e Silva por toda a  
disponibilidade e orientação prestadas.

## RESUMO

Os cartéis assumem uma das formas mais gravosas das práticas anti concorrenciais atendendo à subversão do normal funcionamento do mercado e dos danos daí resultantes, quer para os consumidores, quer para os concorrentes das empresas que integram estas organizações.

O secretismo que caracteriza a formação e o funcionamento organizacional dos cartéis torna-os praticamente indetetáveis, pelo que a investigação por iniciativa das autoridades da concorrência é insuficiente para o seu desmantelamento. É neste contexto que surgem os programas de clemência, enquanto forma de deteção destas práticas restritivas horizontais, que são promovidos pelas autoridades dos diversos Estados que adotaram este mecanismo legal.

Com o presente trabalho pretende-se proceder à análise do regime da clemência, quer no contexto europeu, quer no nacional, nomeadamente no que se refere às condições de concessão deste programa e aos benefícios que as empresas colaborantes podem obter caso denunciem o cartel que integram.

Da mesma forma pretende-se analisar a sua eficácia questionando-se se será o único meio de combate a estes acordos horizontais ou se, porventura, medidas como a criminalização e o agravamento das coimas aplicáveis coadjuvarão no cumprimento das regras da concorrência.

Questiona-se a motivação do recurso a este instituto, bem sabendo que a partir do momento em que se torne pública a decisão no processo investigatório dos cartéis, as empresas ficam sujeitas a que os lesados pela atividade cartelista possam vir deduzir ações de responsabilidade civil contra todos os membros dos cartéis, com vista ao ressarcimento dos danos daí resultantes. Referimo-nos ao denominado *private enforcement* e à sua articulação com o regime da clemência, no sentido de apurar se é possível a sua coexistência sem que, por um lado, se desvirtue o regime da clemência e as empresas sejam compelidas a denunciar e, por outro, sem que os lesados deixem de exercer os seus direitos.

**Palavras-chave:** Direito da Concorrência; Cartéis; Programa de Clemência; *Private Enforcement*.

## ABSTRACT

Cartels activities assume one of the most damaging anticompetitive practices in the market regular running. It inflicts serious impairments on the consumers as well as on the corporations that compete with those integrating the cartels.

The distinctive secrecy cloak around the cartels establishment and operation are nearly untraceable. Thus, investigation led by the proper competition law authorities is still insufficient in order to fully dismantle cartels. Within these circumstances, leniency policies emerge as legal mechanisms for detection and examination of such horizontal agreements, being promoted in several countries.

In this present work, the leniency regimes within the national and European contexts are analysed, particularly in terms of the requirements and benefits offered to the applying companies.

Equally, the effectiveness of leniency policies is thoroughly probed in this dissertation, rising and addressing further questions. For example, if leniency regimes are the only possible means of contesting the horizontal agreements, or if additional criminal actions concerted with substantial increase of the penalties would be more successful in protecting and defending the competition law.

The motivation behind the application of companies to take advantage from the leniency policy is also questioned in this work. A stand-alone action, or an action that follows on a public enforcement decision, may activate *private enforcement* which, in its turn, is a litigation on the establishment of an antitrust infringement. Then, imposition of injunctive reliefs and recovery of the damages suffered may be decided by the court. Consequently, the co-existence between *private enforcement* and the leniency policy is explored since it is equally important that companies provide intel but all those penalised by antitrust enforcement can exercise their rights.

**Keywords:** Competition Law; Cartels; Leniency Policy; *Private Enforcement*.

## **ABREVIATURAS**

AdC - Autoridade da Concorrência

EUA - Estados Unidos da América

nº - Número

NRJC – Novo Regime Jurídico da Concorrência

TFUE - Tratado de Funcionamento da União Europeia

UE - União Europeia

## 1 - INTRODUÇÃO

Constitui objeto do presente trabalho a análise do regime da clemência, no âmbito do Direito da Concorrência, enquanto meio de deteção e combate dos cartéis.

Com esta dissertação procedemos ao estudo das características deste mecanismo legal e do respetivo funcionamento, pretendendo-se apurar e questionar a eficácia deste instituto atendendo aos potenciais interesses em conflito.

Começamos por fazer uma breve referência à génese do direito da concorrência norteamericano atendendo a que os denominados “*trusts*” são a primeira manifestação destas práticas proibidas, bem como ao surgimento do direito da concorrência na União Europeia.

Em seguida, prosseguimos na definição de cartel que pelas suas características de secretismo e colusão organizacional é praticamente indetetável, a menos que exista uma recompensa para que as empresas que integram os cartéis tomem a decisão de denunciá-los. A título ilustrativo são identificadas algumas decisões relativas à condenação de cartéis na União Europeia e em Portugal, bem como é feita referência às estatísticas relativas ao valor das coimas aplicadas, quer pela Comissão Europeia, quer pela Autoridade Nacional da Concorrência.

O secretismo, a nocividade, os efeitos perversos e perniciosos dos cartéis no funcionamento do mercado, justificam o surgimento do regime da clemência enquanto mecanismo destinado à sua deteção e combate. Este programa consiste na concessão de isenção ou de redução de coima aplicável à empresa(s) integrante(s) do cartel que pretenda(m) colaborar na denúncia, na prestação de informações e fornecimento de documentação que constituam prova suficiente no processo investigatório a cargo das autoridades nacionais da concorrência. Chegados a este ponto analisamos a caracterização e o funcionamento do regime da clemência nos Estados Unidos da América, na União Europeia e, naturalmente, no plano nacional.

Num segundo momento é abordada a tensão existente entre a motivação para a denúncia – com vista à isenção ou redução de coima – e o risco de serem movidas ações de *private enforcement* contra o(s) colaborante(s) pelos lesados, bem como a questão do acesso aos elementos de prova fornecidos pela(s) empresa(s) colaborante(s), pelos lesados pela atividade do cartel.

É feita, ainda, referência à necessária complementaridade entre a intervenção do *public enforcement* e do *private enforcement* enquanto instrumentos de combate às práticas anti competitivas.

Por último analisa-se a eficácia do programa de clemência no combate aos cartéis, abordando-se o possível reforço do valor das coimas aplicáveis, bem como a possível criminalização dos mesmos.

## **2 - O REGIME DA CLEMÊNCIA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

### **2. 1 - Brevíssima Referência à Génese do Direito da Concorrência nos Estados Unidos da América e na União Europeia**

O bem jurídico tutelado pelo Direito da Concorrência é um bem público indivisível sendo, por isso, insuscetível de apropriação. Nesse sentido, incumbe ao Estado garantir o bom funcionamento do mercado, nomeadamente, através da previsão e cumprimento de regras relativas à concorrência.

Em meados do século XIX e no contexto da Industrialização, surgem as primeiras economias de escala que originaram a descida generalizada de preços e, em simultâneo, a instabilidade dos mesmos. Segundo Luís Morais:

*“Este tipo de instabilidade dos mercados conduziu a respostas generalizadas por parte das empresas através de acordos de preços ou referentes a outras condições de comercialização de produtos manufacturados. Esse tipo de acordos – máxime, cartéis e trusts – visava preservar margens das empresas envolvidas, com frequência grandes empresas com capacidade para impor determinados níveis de preços nos mercados, em detrimento dos consumidores finais, de produtores intermédios envolvidos nos circuitos de produção e comercialização de bens manufacturados.”<sup>1</sup>*

O desenvolvimento do direito da concorrência nos EUA, resultou da necessidade de combater os denominados “*trusts*”, que consistiam em práticas de concertação entre

---

<sup>1</sup> SILVA MORAIS, Luis Domingos, *Direito da Concorrência, Perspectivas do seu Ensino*, Almedina, Coimbra, 2009, páginas 63 e 64.

empresas que operavam na mesma área de mercado e visavam diminuir a concorrência, entre si, através da fixação de preços ou, porventura, regulando a oferta dos bens que produziam e/ou comercializavam.

*“O mecanismo em causa passava normalmente pela criação de uma qualquer forma associativa, composta por representantes de várias empresas (trustees) que recebiam de accionistas (stockholders) das respectivas sociedades a participação social em detenção (trust), ficando assim detentores dos direitos de voto e emitindo em troca o trust certificate que permitiria aos accionistas receber os respectivos dividendos. Garantia-se desta forma que o comportamento da empresa seria conforme à orientação do trust maximizando os lucros.”*<sup>2</sup>

No caso dos EUA e mercê da expansão da rede ferroviária, verificou-se que este setor da economia, extremamente lucrativo, era detido por um pequeno grupo de empresários que se organizou concentrando em si o controlo desta área de mercado, potenciando desta forma a criação de economias de escala, situação que originou grande insatisfação junto dos demais operadores do mercado, atendendo a que os *trusts* tinham a capacidade e o poder de impor os preços praticados no mercado.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> CAMELO GOMES, José Luís, *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2010, página 84.

<sup>3</sup> “Por diversos motivos, essa concentração de poder económico era extremamente impopular, em especial junto dos pequenos e médios empresários e dos agricultores; os primeiros por serem obrigados a concorrer com verdadeiros gigantes comerciais que nem sempre se comportavam segundo os usos honestos do comércio; os segundos porque se viam obrigados a pagar elevados preços pelo transporte ferroviário dos seus produtos e eram discriminados em relação aos grandes criadores de gado.” (MOURA E SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A. e da União Europeia – Dissertação de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Comunitárias, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Setembro de 1997, páginas 97 e 98*).



Ora e por forma a obviar aos excessos praticados pelos trusts, o Congresso americano veio a aprovar o Sherman Act.<sup>4 5 6</sup>

*“Na verdade, a nova lei era revolucionária. Em primeiro lugar, as antigas proibições de common law só podiam ser invocadas em tribunal para que fosse declarada a invalidade das condutas anticoncorrenciais. Com o Sherman Act, tais condutas passavam a ser puníveis como ilícitos de natureza criminal, permitindo ao Attorney General acusar os responsáveis e pedir a imposição de penas de multa e mesmo de prisão. Em segundo lugar, o Sherman Act previa explicitamente um direito de ação a favor daqueles que fossem prejudicados por práticas proibidas, concedendo-lhes o direito a uma indemnização correspondente ao triplo dos danos sofridos (treble damages).”<sup>7</sup>*

Assim, novas estruturas industriais conduziram à necessidade de criação de um novo ramo de direito que regulasse o funcionamento de economias de escala que emergiram, pela primeira vez, nessa altura.

*“(…) o que importa salientar é que a alteração do paradigma económico de funcionamento dos mercados – com o advento de estruturas industriais carecendo de elevados investimentos e dinâmicas económicas complexas daí emergentes (…) – conduziu nos EUA (…) a movimentos legiferantes (…), no sentido da*

---

<sup>4</sup> “The Sherman Act of 1890 was the first federal antitrust statute in the United States, Section 1 of the Act declares “[e] very contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade” to be unlawful both civilly and criminally. An offense under Section 1, therefore, consists of two elements (1) concerted action – a “restraint of trade.” In partial contrast, Section 2 of the Sherman Act alone addresses single firm conduct – usually the activities of a factual or would-be monopolists. But it, too, places a great deal of emphasis on the evaluation of the market effects of allegedly anticompetitive conduct.” (GAVIL, Andrew I. e Outros, *Antitrust Law in Perspective: cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, American Casebook Series, West Group, 2002, página 81)

<sup>5</sup> “Standard Oil was by far the most celebrated that had yet been brought under the Sherman Act. Indeed the name “antitrust” had been coined with trusts such as Standard Oil in mind. Pitting the determined antitrust enforcers of the time against the financial interests of John D. Rockefeller and other prominent industrialists, the case marked the end of antitrust’s adolescence in more ways than one.” (GAVIL, Andrew I. e Outros, *Antitrust Law in Perspective: cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, American Casebook Series, West Group, 2002, página 82).

<sup>6</sup> “Sucede que a cartelização, se bem que no interesse imediato das empresas, provocou necessariamente uma diminuição do bem-estar dos consumidores induzindo-os a pressionar as autoridades norte-americanas. Em consequência, em 1890 foi aprovado o Sherman Act (...) (CAMELO GOMES, José Luís, *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2010, página 84).

<sup>7</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, página 55.

*criação de um novo ramo do direito que pudesse normativamente enquadrar aquele paradigma. (...).*<sup>8</sup>

No que se refere ao direito da concorrência europeu, para além da inspiração na evolução normativa norte americana – historicamente anterior –, há que evidenciar que surgiu enquanto necessidade de assegurar o livre comércio entre os Estados-Membros, mediante a criação de um direito europeu da concorrência.

A ausência de regulação dos Estados relativamente a áreas da economia como o aço, o cacau, a borracha, produtos de base e indústrias químicas, no período que mediou entre a I e II Guerras Mundiais, originou a proliferação de cartéis. Em consequência, observaram-se os primeiros movimentos de reação, nas décadas de 20 e 30 do século XX, mediante a criação das primeiras leis sobre concorrência por diversos países<sup>9</sup>. Posteriormente, no âmbito do Tratado de Paris celebrado em 1951 e visando a instituição e prossecução dos objetivos da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), consagraram-se princípios que impediam a criação de obstáculos à liberdade de comércio entre os Estados-Membros.<sup>10</sup>

Os pilares essenciais das regras de concorrência da CECA foram a proibição aplicada aos acordos entre empresas atenuada pela possibilidade de concessão de uma isenção, bem como a previsão de um mecanismo de controlo de concentrações. No Tratado de Roma de 1957 que instituiu a Comunidade Económica Europeia é, igualmente, criado um conjunto de regras relativas à concorrência, espelhando já um esboço daquele que viria a ser o conteúdo do disposto nos artigos 85.º e 86.º do Tratado de Roma (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE). Em 1962 é aprovado o Regulamento nº 17/62 que assumiu-se como uma das bases para o desenvolvimento de uma política de regulação da concorrência pela Comissão Europeia. No final de década de 90 verifica-se a modernização do Direito da Concorrência da União, nomeadamente através da criação de um regime de clemência, a

---

<sup>8</sup> SILVA MORAIS, Luis Domingos, *Direito da Concorrência, Perspectivas do seu Ensino*, Almedina, Coimbra, 2009, páginas 67 e 68.

<sup>9</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, página 108.

<sup>10</sup> “Paralelamente, para além desse escopo instrumental, é possível detectar, nesta opção assumida no acto fundador do processo de integração europeia, alguma influência norte-americana face ao sucesso do modelo de livre concorrência aí praticado para um bom desempenho económico dos mercados.” (SILVA MORAIS, Luis Domingos, *Direito da Concorrência, Perspectivas do seu Ensino*, Almedina, Coimbra, 2009, página 96).

revisão da comunicação *de minimis* para distinguir acordos entre concorrentes e não concorrentes, entre outros. Finalmente há que evidenciar o contributo do Regulamento 1/2003 que veio permitir a aplicação direta do estatuído nos artigos 101.º e 102.º do TFUE e a criação de regras relativas às ações de indemnização pelos lesados pelas práticas anti concorrenciais.<sup>11</sup>

Na verdade, o principal objetivo do direito comunitário da concorrência é o de promover a plena integração económica.<sup>12</sup>

O direito da concorrência nos EUA derivou, na sua génese, de uma necessidade de resposta ao surgimento de economias de escala que originaram a concentração de gestão de determinados setores do mercado e já no que se refere ao direito da concorrência na UE, surge enquanto medida de eliminação de obstáculos ao livre mercado entre os Estados-Membros.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Sobre a evolução do Direito da Concorrência na União Europeia *vide* MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, páginas 106 a 119.

<sup>12</sup> “The plan had two basic objectives. One was political and derived from the impetus to European unification that had been such an important part of the political life in Europe during the preceding decade. By creating a common market, the countries of Europe would be tied together economically in a way that would preclude or at least reduce the possibility of conflicts and wars. The other objective was economic, but it had political overtones. It was to increase prosperity in Europe by reducing the barriers to trade between the Member States.(...) The goal of a unified market dominated the process of constructing the competition law system, because it was the central impetus for the “new Europe”. (...) As the institutions of the competition law system, their primary concern was the agenda of economic integration. Competition law was politically acceptable precisely because it was a necessary tool of economic integration.” (GERBER, David J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe, Protecting Prometheus*, Clarendon Press – Oxford, 1998, páginas 343, 347 e 358).

<sup>13</sup> “A finalidade de integração económica é um dos aspectos que mais diferencia a política de concorrência na União Europeia da política correspondente dos EUA. Com efeito, embora na sua génese do direito da concorrência nos EUA esteja intrinsecamente ligada à criação de uma economia continental nas últimas décadas do séc. XIX, ele configura-se como reacção aos efeitos dessa mesma integração no tecido empresarial. (...) Pelo contrário, o direito comunitário da concorrência foi originariamente configurado como instrumento de promoção dessa mesma integração económica que dava ainda os seus primeiros passos.” (MOURA E SILVA, Miguel, “Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A. e da União Europeia – Dissertação de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Comunitárias”, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, setembro de 1997, páginas 112 e 113).

## 2. 2 - Noção de cartéis

É considerada prática anti concorrencial qualquer comportamento que vise a obtenção e exploração do poder de mercado, nomeadamente, o poder de manter o preço dos seus produtos acima da média do preço praticado num mercado no qual exista concorrência.<sup>14</sup>

Neste sentido, veio a OCDE definir o conceito de prática concorrencial considerando que

*“Anticompetitive practices refer to a wide range of business practices in which a firm or group of firms may engage in order to restrict inter-firm competition to maintain or increase their relative market position and profits without necessarily providing goods and services at a lower cost or of higher quality.”.*<sup>15</sup>

As práticas anti concorrenciais podem ser tipificadas em coletivas e singulares, decompondo-se as coletivas em horizontais e verticais, e as singulares ocorrem nas designadas situações de abuso de posição dominante.

As práticas anti concorrenciais horizontais são as que ocorrem entre empresas concorrentes, isto é, que atuam no mesmo patamar económico. Por outro lado, as verticais são as que ocorrem entre empresas que se encontram em diferentes patamares económicos.<sup>16</sup>

Ainda e no que se refere à classificação de práticas anti concorrenciais, estas podem dividir-se em práticas que apenas pelo seu objeto consubstanciam, desde logo, uma violação das regras da concorrência e aquelas que, pelos seus efeitos, violam as referidas regras da concorrência. É, pois, no âmbito desta dicotomia que surgem os denominados cartéis,<sup>17</sup> como infra se exporá.

---

<sup>14</sup> “Consideramos prática anticoncorrencial qualquer tipo de comportamento por operador ou conjunto de operadores que tenha em vista a obtenção e exploração, singular ou colectiva, do poder de mercado, ou seja, o poder de manter o preço dos seus produtos acima do preço que seria praticado num mercado competitivo.” (CAMELO GOMES, José Luís, *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2010, página 54).

<sup>15</sup> KHEMANI, R e Outros, “Anti-competitive practice” em Directorate for Financial Fiscal and Enterprise Affairs: Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law”, Paris: OCDE, 1993.

<sup>16</sup> “As práticas anticoncorrenciais colectivas podem classificar-se em dois grupos: as horizontais, aquelas em que os participantes estão ao mesmo nível da cadeia de produção e distribuição, sendo concorrentes naturais e as verticais, aquelas em que os participantes estão em níveis diferenciados da cadeia de produção e distribuição pelo que situação normal não seriam concorrentes.” (CAMELO GOMES, José Luís, *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2010, páginas 55 e 56).

<sup>17</sup> No ordenamento jurídico português, o conceito de cartel encontra-se definido no artigo 75º da Lei da Concorrência (Lei nº 19/2012 de 8 de maio).

No âmbito da Comunidade Europeia verificou-se, inicialmente, alguma dificuldade na definição do conceito de cartel que, por sua vez, carece do preenchimento do conceito de acordo.<sup>18</sup> Não obstante e já em 1998, a OCDE veio definir os cartéis *hardcore* (cartéis injustificáveis), na Recomendação do Conselho da OCDE sobre uma ação efetiva contra aqueles cartéis, enquanto “*acordo, prática concertada ou “arranjo” entre concorrentes anti-concorrencial, “para fixação de preços, apresentação de propostas combinadas (conluio em concursos públicos), estabelecer restrições à produção ou quotas, ou partilhar ou dividir mercados pela atribuição de clientes, fornecedores, territórios ou áreas de actividade.*”<sup>19</sup>

Na Comunicação 2006/298/11 da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (*in* Jornal Oficial da UE de 8.12.2006) encontramos a seguinte definição de cartéis:

“(…) *Os cartéis consistem em acordos e/ou práticas concertadas entre dois ou mais concorrentes que têm por objectivo coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência através de práticas como a fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transacção, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou importações e/ou acções anticoncorrenciais contra outros concorrentes.*”

Veio, ainda, a Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e Conselho de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da UE, definir o conceito de cartel<sup>20</sup> enquanto “*um acordo ou prática*

---

<sup>18</sup> “Não existe actualmente uma definição de cartel no ordenamento comunitário. Compreende-se que assim seja, pois os autores do Tratado quiseram, tal como sucede nos Estados Unidos com o artigo 1º do Sherman Act, impedir formas colusórias de restrição da concorrência, independentemente da natureza formal do acordo.” (MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência, Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, Coimbra, 2008, página 333).

<sup>19</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, página 630.

<sup>20</sup> “Este conceito só recentemente foi introduzido no direito derivado pela Diretiva n.º 2014/104/EU, não enquanto previsão de um tipo de ilícito e sim como critério delimitador do benefício do regime dito de clemência.” (MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, página 630).

*concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de práticas tais como, entre outras, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, inclusive em relação aos direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir as importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes.”*<sup>21</sup>

Na transposição para o nosso ordenamento jurídico da referida Diretiva, pela Lei nº 23/2018, de 5 de junho, consta, igualmente, a noção de cartel enquanto “*acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas concorrentes que vise coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de condutas como, nomeadamente, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, incluindo relativamente a direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes, tal como proibido pelo artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e, se aplicável, pelo artigo 101.º do TFUE.*”

Desta forma, poder-se-á considerar que os cartéis resultam de um acordo ou prática concertada entre empresas concorrentes, com vista à fixação de preços superiores aos praticados no mercado, caso este funcionasse com a normal concorrência entre os diversos operadores económicos. Acresce que esse acordo é envolto em secretismo e a colusão operada entre as empresas participantes tanto pode ser tácita – situação em que a(s) empresa(s) se apercebe(m) do comportamento da(s) outa(s) no mercado – como

---

<sup>21</sup> Artigo 2º, ponto 14, da Diretiva nº 2014/104/EU.

explícita – situação em que a(s) empresa(s) se encontra(m)/reúne(m) com outras para se organizar.<sup>22 23</sup>

A prova desses acordos ou práticas concertadas é eminentemente indireta, isto é, resultam de prova circunstancial como sejam deduções atendendo à dificuldade de obtenção de prova direta. A prova direta existente é fragmentária, como sejam as notas dos intervenientes em reuniões e descrições relativas ao funcionamento do cartel por terceiros, bem como à possibilidade de eliminação imediata de informação trocada através de e-mails ou redes sociais.<sup>24</sup>

A nocividade destes comportamentos é de tal forma elevada e significativa que importa, a este propósito, fazer uma breve referência à dicotomia existente no sistema norte-americano entre as denominadas “*rule of reason*” e “*proibições de per se*”. Para que se verifique se uma determinada conduta configura a violação de uma dada regra do direito da concorrência poder-se-á considerar que bastará a previsão de uma proibição absoluta ou, pelo contrário, para além da previsão de proibição haverá, ainda, que analisar os efeitos dessa conduta. Nesse sentido e seguindo a aplicação do conceito *rule of reason* sempre terá de ser efetuada a análise específica da conduta atendendo às especificidades do negócio e do mercado no qual se insere, a restrição de mercado daí resultante, bem como a natureza e o efeito concreto dessa restrição.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> “(...) os cartéis constituem organizações estáveis entre concorrentes que estabelecem acordos entre si, relativos a aspectos essenciais do mercado (preços, quantidades, território), com vista à maximização do lucro individual. Os cartéis são organizações sofisticadas de cooperação em que a atuação de cada um dos agentes no mercado passa a integrar-se numa estratégia concertada.” FREIRE, Paula Vaz, “Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência”, Colóquio de Direito Luso-Brasileiro - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco - USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 12 a 16 de Maio de 2014, *RJLB*, Ano I (2015), nº 1, página 191).

<sup>23</sup> “(...) regime de clemência e programa de clemência para identificar o conjunto de regras e princípios, substantivos e procedimentais, quer tenham ou não autonomia sistemática, que oferecem imunidade total ou redução das sanções que, de outro modo, seriam impostas a um participante num cartel, em troca de revelação voluntária de informação sobre o cartel que satisfaçam critérios específicos, antes ou durante a fase de investigação.” XAREPE SILVEIRO, Fernando, “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: Novas Valências, Novos Desafios”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III – Número 10, abril-junho / 2012, página 253).

<sup>24</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, páginas 696 e 697.

<sup>25</sup> “Perante uma proibição absoluta a questão mais importante é a qualificação de um contrato como sendo ou não a restraint of trade. (...) A rule of reason exige, pois, uma adequada consideração dos efeitos e objecto da restrição, de modo a determinar se, no seu contexto fáctico e jurídico, ela constitui ou não uma restraint of trade.(...) Na verdade, porém, ela designa apenas uma metodologia que permite elaborar regras de decisão aplicáveis a casos concretos. ”. <sup>25</sup> MOURA E SILVA, Miguel, “Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A.

Em contraposição temos as proibições de *per se*, situações em que determinadas práticas são de tal forma restritivas e lesivas da concorrência que os tribunais não carecem de proceder à análise casuística dos seus efeitos. Sendo neste contexto que surge a proibição dos cartéis.<sup>26 27</sup> Existe a presunção de que estas restrições da concorrência geram, potencialmente, efeitos negativos e são significativamente lesivas do funcionamento do mercado.<sup>28</sup>

No ordenamento jurídico europeu e nacional, atendendo ao teor do vertido no artigo 101.º do TFUE, podemos estar perante práticas restritivas desde logo pelo seu objeto ou, pelo contrário, pelos seus efeitos<sup>29</sup>.

Nesse sentido há comportamentos colusórios como a fixação de preços que pelo seu objeto produzem efeitos negativos sobre o preço, qualidade ou quantidade de produtos disponíveis, revelando-se, pois, inútil a demonstração dos seus efeitos no mercado para

---

e da União Europeia – Dissertação de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Comunitárias”, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, setembro de 1997, páginas 106 e 109.

<sup>26</sup> “(...) ou, em alternativa, se pode sustentar, pelo menos, a afirmação de que certas condutas que violam o n.º 1 do artigo 9º de *per se* (...) A nosso ver, esta conclusão última serve para aquelas condutas que sejam consideradas como restritivas pelo seu objeto, prescindindo, por isso a Autoridade da Concorrência ou os tribunais nacionais (...) de qualquer averiguação dos efeitos concretos da prática no mercado, que se torna supérflua ou irrelevante.” (GORJÃO-HENRIQUES, Miguel & ANASTÁCIO, Catarina, “Comentários ao artigo 9º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, página 192).

<sup>27</sup> “Começou, pois, a tomar forma neste precedente a fundamental contraposição – de criação jurisprudencial – no modelo norte-americano de defesa da concorrência entre comportamentos empresariais cobertos pela “regra de razão” e comportamentos – correspondentes a um núcleo relativamente restrito de situações paradigmáticas intrinsecamente restritivas da concorrência – cobertos pelo critério da denominada proibição de “*per se*” (em relação aos quais se impõe um desvalor jurídico essencial devido ao modo directo e central como o bem jurídico de protecção da concorrência é atingido, do qual resulta, por seu turno, um princípio de proibição absoluta que, em regra, não consente ponderações integradas de efeitos económicos positivos que compensem globalmente os elementos restritivos da concorrência).” (SILVA MORAIS, Luís Domingos, *Direito da Concorrência, Perspectivas do seu Ensino*, Almedina, Coimbra, 2009, páginas 74 e 75).

<sup>28</sup> “A proibição de *per se* consiste numa presunção judicial inilidível de que determinadas restrições são tão perniciosas à luz da experiência adquirida pelos tribunais que não merecem uma análise detalhada.” MOURA E SILVA, Miguel, “Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A. e da União Europeia – Dissertação de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Comunitárias”, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, setembro de 1997, página 109.

<sup>29</sup> Sobre condutas proibidas pelo objeto e condutas proibidas pelos efeitos *vide* MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, páginas 633 a 636.



efeitos de aplicação daquele normativo. Trata-se de práticas restritivas que têm por objeto a restrição sensível da concorrência.

Do mesmo modo, poderão existir acordos ou práticas concertadas cuja proibição apenas poderá fazer sentido, à luz do artigo 101.º do TFUE, na circunstância de os seus efeitos produzirem resultados concretos no mercado, isto é, que tenham como efeito uma limitação da concorrência.

No caso dos cartéis, as empresas conluem-se para prejudicar os consumidores finais, pelo que os mesmos são proibidos, uma vez que os danos resultantes do seu funcionamento não produzem ganhos de eficiência que possam justificar a sua aceitação.<sup>30</sup> Os consumidores que adquiram produtos abrangidos pelo cartel pagam preços que não têm correspondência com os custos de produção e com a natural margem de lucro dos vendedores, ficando sujeitos à diminuição da oferta, bem como a pagar pelos referidos bens um valor manifestamente superior ao preço que deveria resultar do normal funcionamento do mercado. Por outro lado, os cartéis dificilmente poderão beneficiar de uma isenção.

As empresas que intervenham na constituição e no funcionamento de um cartel logram proceder à fixação de preços, à repartição de mercados, à fixação de quotas de produção ou de venda ou, ainda, à apresentação de propostas alinhadas no âmbito de concursos públicos. Na circunstância de atuarem num mercado de livre concorrência, os riscos concorrenciais inerentes não poderiam permitir que obtivessem semelhantes ganhos.

*“It is becoming more common to consider that “cartel activity is unique in competition law” and an increasing consensus condemning cartels as the worst anticompetitive practice can even be found namely at an international level, with the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) considering already for some time that “[...] hardcore cartels are the most egregious violations of the competition law [...]. (...) Also the Court of Justice of the European Union (ECJ) accepts that cartels featuring “restrictions in prices,*

---

<sup>30</sup> *“The subject of cartels lies at the center of antitrust policy. The law’s oldest and, properly qualified, most valuable rule states that it is illegal per se for competitors to agree to limit rivalry among themselves. (...) The rule should be restated so that it is illegal per se to fix prices or divide markets (or to eliminate rivalry in any other way) - that is only when the agreement is not ancillary to cooperative productive activity engaged in by the agreeing parties. (...) (BORK, Robert H., The Antitrust Paradox, A Policy At War With Itself, The Free Press, Nova Iorque, 1993, página 263).*

*market-sharing and concerted measures against competitors rank among the most serious interferences with freedom of competition.”*<sup>31</sup>

A existência de um cartel elimina e/ou falseia a concorrência através da colusão operada entre os membros que o compõem. A estrutura de funcionamento do mercado é afetada de forma secreta, resultando no condicionamento de preços ou no encerramento do mercado, quer relativamente aos concorrentes diretos, quer relativamente ao consumidor final. Por outro lado, subverte o livre acesso dos consumidores a um determinado produto.<sup>32</sup>

No âmbito da legislação nacional, prevê o n.º 1 do artigo 9.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC) (Lei n.º 19/2012 de 8 de maio) que “*São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associação de empresas que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente as que consistam em (...)*” Resulta desta previsão legal a proibição de práticas colusivas por empresas que coordenam o seu comportamento no mercado em função do acordado e que concertam os seus procedimentos.

Desta forma e para melhor compreensão, há que densificar os conceitos previstos naquele normativo, mormente, os de acordos e práticas concertadas nos quais se incluem os cartéis.

No que se refere ao conceito de acordo, deverá considerar-se como mais vasto do que o conceito de contrato. Desta forma, não carece de forma jurídica e engloba situações que podem ser desprovidas de força vinculativa, por natureza. O conteúdo do acordo prevalece sobre a forma que o mesmo possa revestir, privilegiando-se o seu conteúdo em detrimento da forma que venha a assumir, seja verbal, seja reduzido a escrito.

---

<sup>31</sup> CASTRO MARQUES, Nuno, “A Different Path to the Same Old Question: Why Should Cartels Be Criminalised?”, *Market and Competition Law Review*, vol, I, n.º 2, October 2017, Universidade Católica Editora Porto, páginas 142 e 143.

<sup>32</sup> “*When consumers are obliged to pay a cartelised price, i.e. supra-competitive, their economic interests are certainly not being respected.*” (CASTRO MARQUES, Nuno, “A Different Path to the Same Old Question: Why Should Cartels Be Criminalised?”, *Market and Competition Law Review*, vol, I, n.º 2, October 2017, Universidade Católica Editora Porto, página 165).

*“Assim, o TCL (Tribunal de Comércio de Lisboa) afirmou recentemente que “[a] noção de acordo não resulta expressamente na Lei da Concorrência, mas quer a doutrina quer a jurisprudência, nacional e comunitária, são unânimes no conteúdo a dar a este conceito: está em causa uma noção muito ampla, que abrange todos os contratos de que derivem obrigações juridicamente vinculativas para as partes, bem como os simples acordos, independentemente da forma que revistam (...) Um acordo relevante para efeitos da Lei da Concorrência é, pois, qualquer comportamento coordenado de empresas, sob qualquer forma jurídica, em que pelo menos uma se obriga a uma determinada prática ou em que se elimina a incerteza do comportamento da outra; seja ele expresso ou tácito, simétrico ou assimétrico.”*<sup>33</sup>

Tanto assim é, que um acordo que já não esteja em vigor mas cujos efeitos perdurem no tempo, mantêm-se abrangidos pela proibição do nº 1 do artigo 9º do NRJC.

No que se refere ao conceito de prática concertada, esta pressupõe a coordenação entre duas ou mais empresas que mesmo não tendo a intensidade verificada nos acordos, trata-se da concertação de um comportamento que tem como objeto ou efeito anti concorrencial. *Estas práticas eliminam a incerteza quanto ao comportamento concorrencial no mercado e por isso são, igualmente, proibidas. Deve entender-se como o comportamento das empresas que não é suscetível de justificação económica plausível ou alternativa (...) pelo que o legislador presume que as empresas substituem entre si os riscos da concorrência por uma cooperação prática (prévia) (...).*<sup>34</sup>

Tal como o acordo, a prática concertada tem por objeto uma forma de concertação, distinguindo-se do acordo apenas no que se refere à sua intensidade. Desta mesma forma exige-se a concertação entre empresas, o comportamento no mercado consequente dessa concertação e um nexo de causalidade entre ambos.<sup>35</sup> Desta forma existe um elemento subjetivo que é a concertação e um elemento objetivo que é o comportamento no mercado.

---

<sup>33</sup> GORJÃO-HENRIQUES, Miguel & ANASTÀCIO, Catarina, “Comentários ao artigo 9º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, página 185.

<sup>34</sup> GORJÃO-HENRIQUES, Miguel & ANASTÀCIO, Catarina, “Comentários ao artigo 9º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, página 187.

<sup>35</sup> Vide Acórdão Anic - Processo C-49/92P de 8 de julho de 1999.

Convirá, contudo, assinalar que pese embora a existência de acordos ou práticas concertadas nas quais se integra a categoria de cartel poderá verificar-se, ainda que casuística e residualmente, uma situação de isenção/justificação nos termos do artigo 10º do NRJC.<sup>36</sup>

No ordenamento jurídico comunitário - no qual se baseia o NRJC que grosso modo não inova e não se distingue do conteúdo da legislação europeia - a proibição de cartéis consta do nº 1 do artigo 101º do TFUE que determina que “*são incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresa e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em (...)*”.

Naturalmente e no que se refere ao ordenamento jurídico comunitário, apenas relevará a existência de cartel, em contraposição com o direito da concorrência nacional, na circunstância de esses acordos afetarem o comércio entre os Estados-Membros.

Da articulação da legislação comunitária com a legislação nacional, verifica-se o primado do direito comunitário sobre o direito português, por força do Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002 – relativo à aplicação das regras da concorrência estabelecidas nos artigos 101º e 102º do TFUE - nomeadamente com a aplicação imediata das normas constantes no TFUE pelos tribunais nacionais, sem necessidade de decisão prévia, bem como na vinculação destes às decisões da AdC.<sup>37</sup> Ao aplicar-se diretamente o direito *antitrust* da UE (artigos 101.º e 102.º do TFUE) pelos tribunais nacionais, verifica-se um avanço significativo na aplicação privada e no cumprimento das regras da concorrência.<sup>38</sup>

Nesse sentido, o direito nacional não pode proibir acordos que afetem o comércio entre Estados-Membros mas não restrinjam a concorrência nos termos do nº 3 do artigo 101º

---

<sup>36</sup> Nesse sentido *vide* Orientações da Comissão relativas à aplicação do nº 3 do artigo 101.º do TFUE, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26114&from=PT>.

<sup>37</sup> Artigos 1º e 3º do Regulamento nº 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002.

<sup>38</sup> DIAS PEREIRA, Alexandre L., “Private Enforcement do Direito Antitrust: Novas Perspetivas sobre a Aplicação Privada do Direito da Concorrência com a Diretiva 2014/104/EU”, *Revista de Direito Comercial*, disponível em [www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com) – 2017/12/03.

do TFUE. Assim resulta reforçado o controlo do cumprimento das regras comunitárias da concorrência.

Na interpretação e aplicação do estatuído no artigo 101º do TFUE haverá, ainda, que ter em consideração as orientações da Comissão Europeia (2011/C 11/01), das quais se destaca, entre outros, o seguinte considerando:

*“24. As restrições da concorrência por objecto são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência nos termos do artigo 101.º, nº 1. Não é necessário examinar os efeitos reais ou potenciais do acordo no mercado a partir do momento em que o objectivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado.”*

## **2. 2. 1 - Algumas decisões relativas à deteção e condenação de cartéis**

Tomando em consideração a inesgotável fonte de decisões no ordenamento jurídico europeu, relativamente à deteção e condenação de cartéis, limitamo-nos a fazer referência a apenas algumas das mais analisadas:

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de março de 1993 – Processos Apensos C-89; 104; 116, 117 e 125 a 129/85, Colect 1993, p. I-1307 (Acórdão da Pasta de Papel II) – foram condenadas várias empresas produtoras de pasta de papel, atendendo a que se concertaram na fixação de preços, tendo a Comissão evidenciado, para tanto, o paralelismo do comportamento, nomeadamente através do anúncio de preços com carácter trimestral, a simultaneidade da divulgação dos preços pelas empresas e, por fim, a identidade dos preços praticados.<sup>39</sup>
- Comunicado de Imprensa da Comissão Europeia IP/01/1625, de 21 de novembro de 2001 (Cartel das Vitaminas) e na sequência de uma investigação iniciada em maio de

---

<sup>39</sup> Considerando 60 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de março de 1993- *“Em primeiro lugar, a Comissão considera que este sistema foi instaurado deliberadamente pelos produtores de pasta de papel para lhes permitir conhecer os preços que iriam ser praticados pelos seus concorrentes durante os trimestres seguintes. A divulgação dos preços a terceiros, especialmente à imprensa e a agentes que trabalhavam para vários produtores, muito antes da sua aplicação no início de um novo trimestre, deu aos outros produtores tempo suficiente para anunciarem os seus novos preços correspondentes antes desse trimestre e para os aplicarem a partir do seu início; Em segundo lugar, a Comissão considera que a instauração deste mecanismo teve como efeito tornar o mercado artificialmente transparente ao permitir que os produtores obtivessem uma imagem rápida e fiel dos preços cotados pelos seus concorrentes.”*

1999, concluiu que treze empresas (europeias e não europeias) participaram em cartéis que visaram eliminar a concorrência nos mercados das vitaminas. Para além das reuniões periódicas mantidas entre as empresas participantes com vista à concertação de comportamentos, fixavam os preços, quer aumentando-os, quer anunciando-os.<sup>40</sup>

No âmbito nacional destacamos apenas e a título meramente ilustrativo as seguintes decisões:

- Cartel do sal – Decisão da AdC de 11 de julho de 2006 - PRC 2005/25. A investigação e consequente condenação, pela AdC (decisão foi confirmada quer pelo Tribunal de 1ª instância Tribunal de Comércio de Lisboa, quer pelo Tribunal da Relação de Lisboa), das empresas SAHS, Salexpor, Salmex e Vatel, por durante um período de oito anos terem logrado cristalizar as quotas que detinham no mercado de exploração de sal, mediante a fixação de preços, repartição de clientela e a definição de condições comerciais.
- Cartel das cantinas - Decisão da AdC de 31 de julho de 2012 - PRC 2007/2002 – A investigação e consequente condenação, pela AdC das empresas EUREST, TRIVALOR, UNISELF, ICA, SODEXO e outros arguidos (sete pessoas singulares), pela prática de fixação de preços e repartição de clientela. Foi entendimento da AdC que as empresas arguidas ao participaram num intercâmbio de informações sensíveis e celebraram e executaram um acordo tendo como objeto e efeito de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência através da repartição de clientela no mercado das refeições e serviços de gestão e exploração de refeitórios, cantinas ou restaurantes ou outros espaços no âmbito da restauração coletiva.

---

<sup>40</sup> Comunicado de Imprensa da Comissão Europeia IP/01/1625, de 21 de novembro de 2001 – “O modus operandi dos vários cartéis era essencialmente o mesmo, se não idêntico (preços “objectivo” e “mínimos”, manutenção do VWDWXV TXR no que se refere às quotas de mercado e mecanismos de compensação), e incluía em especial: - a criação de uma estrutura formal e de uma hierarquia aos vários níveis de gestão, muitas vezes com sobreposição de membros aos níveis mais elevados para garantir o funcionamento dos cartéis; - a troca de informações sobre valores e volumes de vendas e preços, numa base trimestral ou mensal, efectuada em reuniões periódicas; - no caso dos maiores cartéis, a preparação, aprovação e implementação e controlo de um “orçamento” anual, seguido pelo ajustamento das vendas realizadas efectivamente, de modo a respeitar as quotas atribuídas.”

## **2. 2. 2 Estatísticas relativas ao combate aos cartéis na UE e em Portugal**

De acordo com as estatísticas divulgadas pela Comissão Europeia<sup>41</sup>, no período compreendido entre 2015 e 2019, foram aplicadas coimas no valor total de € 8 291 141 000, relativas à violação do estatuído no disposto no artigo 101.º do TFUE. Sendo, ainda, de realçar que no ano de 2018 foram aplicadas coimas no valor de € 800 748 000 e no presente ano foram já aplicadas coimas em valor superior, isto é, no montante de € 1 453 230 0000.

Em Portugal e no que se refere ao período compreendido entre 2003 e 2016, foram aplicadas coimas que não atingiram o milhão e meio de euros verificando-se, inclusivamente, uma tendência para a respetiva diminuição. Tal situação encontra justificação no efeito dissuasor da decisão de condenação no caso do cartel da restauração coletiva (Cantinas) em 2009, que à data teve significativa visibilidade, a cujas empresas envolvidas foi aplicada uma coima no valor total de € 14.741.283,27<sup>42</sup>.

## **2. 3 - O regime da clemência**

Uma das características dos cartéis é precisamente o seu secretismo e a inerente dificuldade na sua deteção. Sendo certo que apenas uma reduzida percentagem destes é passível de conhecimento, de investigação, de punição e do consequente desmantelamento.

A prova do acordo ou prática concertada revela-se complexa atendendo ao seu carácter informal como já supra exposto.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Disponíveis em <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

<sup>42</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, páginas 732 a 737.

<sup>43</sup> “(...) a obtenção de prova direta de um cartel afigura-se geralmente difícil: os acordos são muitas vezes verbais e mantidos em segredo, existindo apenas prova fragmentária da sua conclusão (e.g., notas de participantes nas reuniões, relatórios dos participantes e superiores hierárquicos ou até descrições do cartel fornecidas a terceiros, por vezes com o fito de os aliciar a aderir ou para tranquilizar os descontentes); o comportamento das empresas envolvidas pode ocorrer num contexto que sirva para ocultar o seu propósito (e.g., as empresas reúnem-se a pretexto de uma feira industrial ou até por iniciativa de poderes públicos), existe geralmente um pacto de silêncio entre os participantes; e os

Por outro lado, a atividade de um cartel revela-se muito lucrativa e apetecível para os respetivos intervenientes pelo que a sua irradicação torna-se numa tarefa difícil ou, porventura, impossível.

O funcionamento dos cartéis baseia-se na prossecução de atividades ilícitas pelos seus intervenientes, de forma organizada, que envolvem um determinado grau de sofisticação. *“Nesta medida, a cartelização pode ser considerada como uma forma de crime organizado à semelhança da corrupção reiterada, da colusão entre agentes e supervisores, das fraudes em grande escala, ou das atividades de grupos terroristas ou de tráfico ilegal. Todas estas organizações têm em comum a constituição de relações dinâmicas de longo prazo, onde a reputação e os contratos implícitos substituem os contratos explícitos.”*<sup>44</sup>

Atendendo a que a nocividade dos cartéis afeta o normal e expetável funcionamento do mercado, surgiu a necessidade de criação de soluções jurídicas que possam incentivar as empresas intervenientes nos cartéis a proceder à respetiva denúncia.

*“Por serem práticas ilícitas na generalidade dos ordenamentos jurídicos, os cartéis têm na sua base acordos secretos o que torna difícil a sua detecção. Com vista a obviar a dificuldade em detectar a existência de cartéis instituem-se mecanismos jurídicos que atribuem benefícios às empresas, participantes num cartel, que os denunciem junto das autoridades competentes.”*

Ora, é precisamente neste contexto que surge o regime de clemência que consiste na possibilidade de concessão de dispensa ou redução das coimas, aplicáveis às empresas participantes nos cartéis, enquanto incentivo ou moeda de troca pela denúncia e entrega de informações relativas ao funcionamento do cartel. A cooperação entre as empresas e a entidade legitimada a aplicar as sanções pelo funcionamento do cartel, permite que se encetem negociações por forma a atenuar ou isentar do pagamento das coimas potencialmente aplicáveis.

---

*atuais meios tecnológicos permitem o estabelecimento de contactos por meios eletrónicos que podem ser rapidamente destruídos (e-mail, chat rooms, aplicações de redes sociais, etc.).”* MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, páginas 696 e 697.

<sup>44</sup> FREIRE, Paula Vaz, “Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência”, Colóquio de Direito Luso-Brasileiro – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 12 a 16 de maio de 2014, *RJLB*, Ano I (2015), nº 1, página 195.



*“As autoridades de defesa da concorrência têm uma perspectiva muito entusiasta sobre as políticas de clemência uma vez que estas permitem aumentar o número de cartéis detectados, apreciados e punidos; permitem obter, a baixos custos, a informação necessária à sua actuação e, por tudo isso, viabilizam uma reafecção de meios materiais e humanos para a detecção de outras infracções. Em síntese, aqueles regimes contribuem para aumentar a ação e a visibilidade pública do trabalho dos aplicadores do Direito, incrementando a sua relevância e aceitação social.”*<sup>45</sup>

O funcionamento do programa de clemência permite atribuir incentivos individuais à(s) empresa(s)/membro(s) que pretenda(m) colaborar, colocando-os numa situação idêntica à do denominado “dilema do prisioneiro”. Nesse sentido, cada sujeito poderá optar por um de dois comportamentos, cujos resultados sempre dependerão se o outro interveniente optar pelo mesmo comportamento. Ao aplicar-se o dilema do prisioneiro à realidade dos cartéis, o que se logra é aliciar uma ou mais partes com a possibilidade de isenção ou redução de coimas, o que origina a quebra de confiança necessária no cartel e potencia que um ou mais membros pretendam abandoná-lo. Com a existência de um regime de clemência, torna-se mais arriscado confiar nos demais membros do cartel, resultando enfraquecidos a solidariedade, o secretismo e fiabilidade que o caracterizam.<sup>46 47</sup>

---

<sup>45</sup> FREIRE, Paula Vaz, “Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência”, Colóquio de Direito Luso-Brasileiro – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 12 a 16 de maio de 2014, *RJLB*, Ano I (2015), nº 1, página 192.

<sup>46</sup> “Como é sabido, o “dilema do prisioneiro” consiste numa hipótese comportamental, amplamente estudada pela teoria dos jogos, em que cada sujeito tem a possibilidade de escolher entre duas alternativas cujos resultados (“payoff”) dependem de uma escolha idêntica feita por outro indivíduo. Confrontados com esta situação cada um, agindo racionalmente na prossecução do interesse próprio, concorre para que se verifique um resultado pior do que aquele que se verificaria se cooperassem.” FREIRE, Paula Vaz, “Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência”, Colóquio de Direito Luso-Brasileiro – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 12 a 16 de maio de 2014, *RJLB*, Ano I (2015), nº 1, página 196).

<sup>47</sup> “Leniency programs basically create a prisoners dilemma situation, in which the confessing party gets rewarded (by reduced fines or even by positive payments). If successfull, the leniency program is welfare enhancing through accomplishing a cessation of the collusive behavior.” STEFFEN BRENNER, “An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program”, Humboldt -University Berlin, March 15, 2005, página 4).

O mecanismo da clemência promove e encoraja as empresas a denunciar cartéis, em função das coimas aplicáveis em caso de condenação.<sup>48</sup>

Por outro lado, o programa de clemência permite reduzir os custos de investigação dos ilícitos anti concorrenciais, bem como a obtenção de documentação mais completa e mais sólida no âmbito da investigação encetada à qual, de outra forma, dificilmente as autoridades de concorrência poderiam ter acesso.<sup>49</sup>

Os programas de clemência conjugam objetivos repressivos e preventivos atendendo a que, por um lado, permitem às autoridades da concorrência detetar um número superior de cartéis, bem como tornam o processo de investigação mais eficaz reduzindo o respetivo tempo de duração, bem como logram obter meios de prova mais fortes e mais completos.<sup>50</sup>

### **2. 3. 1 - Brevíssima referência ao regime da clemência norte-americano**

Sendo os EUA o país pioneiro no desenvolvimento de normas jurídicas relativas ao direito da concorrência, enquanto forma de combate aos trusts foram, igualmente, o primeiro país a criar o programa de clemência destinado a motivar a deteção e desmantelamento de cartéis.

Tomando em consideração quer as multas, quer as penas de prisão aplicáveis às pessoas singulares envolvidas na atividade de um cartel, o programa de clemência assume significativa relevância e eficácia nos EUA. Nesse sentido, atividades de cartéis relativas à fixação de preços, repartição de mercados ou propostas alinhadas em concursos

---

<sup>48</sup> “Why should firms self-report? (...) First, when the probability of detection exogenously increases, this option may become more valuable to cartel members vis-à-vis the option to continuing collusion (...). Second, a cartel which is stable absent (...) a leniency program may become unstable after a leniency program is introduced. Reporting to the agency is perhaps more profitable than just stopping to collude, or to “cheat” and not to report. It reduces the expected fines in case of a conviction, it increases rivals (marginal) costs through revenue based fines and compliance measures (...) and it reduces perceived risk (...). STEFFEN BRENNER, “An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program”, Humboldt -University Berlin, March 15, 2005, página 13).

<sup>49</sup> “In summary, we expect that after introducing a leniency program, collecting evidence is a less costly activity for the authority and cases are more completely and more solidly documented. STEFFEN BRENNER, “An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program”, Humboldt - University Berlin, March 15, 2005, página 35).

<sup>50</sup> XAREPE SILVEIRO, Fernando, “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: Novas Valências, Novos Desafios”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III – Número 10, abril-junho / 2012, página 254).

públicos, são puníveis com multas até 100 milhões de dólares para as pessoas coletivas e multas até 1 milhão dólares e/ou até 10 anos de prisão para as pessoas singulares.<sup>51</sup>

O primeiro programa de clemência remonta a 4 de outubro de 1978, tendo sido implementado pela Divisão Antitrust do Departamento de Justiça, sendo certo que já nessa altura, a participação de uma empresa na atividade de um cartel poderia ser isentada de responsabilidade criminal, desde que cooperasse e observasse determinados requisitos.

Em 1993 este programa é objeto de revisão, sendo-lhe imputados um maior automatismo e previsibilidade na concessão de imunidade, na sequência da investigação liderada pelo FBI no denominado cartel de lisina. Na referida investigação foram utilizadas diversas técnicas como filmagens por agentes encobertos e escutas telefónicas, tendo inclusivamente inspirado a publicação de um livro e a realização do filme “O delator”. Mercê da descoberta deste cartel, envolta em grande mediatismo, foi conferida uma maior visibilidade ao combate aos cartéis.<sup>52</sup>

Presentemente, o Departamento de Justiça norte-americano publicita o programa de clemência, <sup>53</sup> definindo-o como a possibilidade de não acusação de uma empresa ou membros representantes da empresa, que prossiga atividades cartelistas e as denuncie e colabore com aquele departamento. Também define a clemência enquanto uma política de amnistia ou imunidade empresarial, mais distinguindo o pedido de clemência antes de o Departamento de Justiça dar início a uma qualquer ação investigatória e já depois de se encontrar em curso uma determinada investigação.

Assim resultam previstos os seguintes seis requisitos, no caso de inexistir qualquer investigação em curso:

- A Divisão de Investigação não tenha recebido aquela denúncia de qualquer outra fonte;
- A empresa denunciante tenha cessado, de imediato, a sua colaboração/ intervenção na atividade anti concorrencial assim que a denuncie;

---

<sup>51</sup> Informação do Departamento de Justiça norte-americano disponível em <https://www.justice.gov/atr/page/file/1091651/download>

<sup>52</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, páginas 363 e 364.

<sup>53</sup> Disponível em <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>

- A empresa denunciante forneça todos os elementos dos quais disponha e colabore ao longo da investigação;
- A denúncia seja feita em nome e em representação da empresa e não de forma isolada ou individual;
- A empresa denunciante proceda, se possível, à restituição dos danos às partes lesadas;
- A empresa denunciante não tenha aliciado outra(s) à atividade cartelista.

Caso as empresas não consigam reunir os referidos requisitos poderão beneficiar do programa de clemência caso observem as seguintes sete condições:

- Seja a primeira empresa a denunciar o cartel;
- O Departamento de Justiça não disponha, à data da denúncia, de elementos de prova suficientes que potencialmente condenariam a empresa denunciante;
- A empresa denunciante tenha cessado, de imediato, a sua colaboração/ intervenção na atividade anti concorrencial assim que a denuncie
- A empresa denunciante forneça todos os elementos dos quais disponha e colabore ao longo da investigação;
- A denúncia seja feita em nome e em representação da empresa e não de forma isolada ou individual;
- A empresa denunciante proceda, se possível, à restituição dos danos às partes lesadas;
- O Departamento de Investigação aferirá se a concessão de clemência não se torna injusta considerando a natureza da atividade ilegal, o papel da empresa denunciante no cartel, bem como o momento em que esta toma a decisão de denúncia.

### **2. 3. 2 O regime da clemência no direito comunitário**

A criação do mercado comum e a integração europeia motivaram a necessidade de criação de normas comunitárias destinadas ao não falseamento da concorrência por forma a permitir a livre e saudável concorrência entre os Estados Membros.

Em 1996, no designado *Leniency Notice 1996* ((96/C 207/04) <sup>54</sup>, é aprovada a primeira Comunicação da Comissão relativa à possibilidade de isenção ou redução de coimas no âmbito de processos relativos a acordos ou decisões e práticas concertadas. Este é um primeiro ensaio para o que viria a ser o programa de clemência tal como o conhecemos presentemente. Esta comunicação consistiu na criação de um primeiro procedimento que motivava as empresas interessadas na isenção ou na redução da coima, a colaborar com a Comissão. Com esta comunicação regularam-se, pela primeira vez, as condições em que uma empresa ficaria habilitada a recorrer ao regime da clemência contribuindo para a clareza dos requisitos e para a certeza jurídica do mesmo. Previu-se a possibilidade de não aplicação ou redução muito substancial da coima, a redução substancial da coima, bem como a redução significativa da coima. A mencionada comunicação não se aplicava, contudo, à iniciativa individual de um membro do pessoal de uma empresa, atendendo a que a iniciativa de recurso a este procedimento ficou reservada a pessoa que com poder de representação de uma determinada empresa pretendesse que esta viesse a beneficiar da clemência. Refira-se que se trata de um ato não vinculativo mas que de acordo com o TJUE auto vincula a Comissão, conforme decorre do ponto 21 do Acórdão Pfleiderer.

Posteriormente e no designado *Leniency Notice 2002* (2002/C 45/03), <sup>55</sup> é aprovada uma nova comunicação da Comissão destinada a esclarecer o procedimento da clemência, nomeadamente prevendo a imunidade à primeira empresa do cartel que apresentasse um pedido de clemência. Nesta comunicação ficou determinada a prestação de declarações orais como forma de apresentação do pedido de clemência, a condição de que o interessado não tenha exercido coação sobre os restantes membros do cartel para efeitos de concessão de isenção ou redução da coima, bem como a garantia de que qualquer declaração escrita feita à Comissão e relacionada com esta comunicação, não poderia ser divulgada ou utilizada para outros fins que não os da aplicação do primitivo artigo 81.º do TFUE.

No sentido do reforço e desenvolvimento do procedimento de clemência foi criada em 2004 a Rede Europeia de Concorrência que se destina à cooperação entre os Estados-Membros em matéria da concorrência. <sup>56</sup> As autoridades da concorrência de cada um dos

---

<sup>54</sup> Disponível em [http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency\\_legislation.html](http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html)

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> Disponível em [http://ec.europa.eu/competition/ecr/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/ecr/index_en.html)

países integram essa rede e partilham as decisões aplicadas sobre diversas questões, por forma a garantir a efetiva, homogênea e consistente aplicação das mesmas pelos Estados-Membros. Esta rede permite a partilha de experiências e de informação contribuindo para a harmonização na forma de atuação das autoridades da concorrência que sempre poderão, por sua iniciativa, aplicar regras mais favoráveis do que as resultantes do direito comunitário. A criação desta rede veio, igualmente, contribuir para uma cultura europeia de concorrência reforçando o papel dissuasor das normas de combate à anti concorrência. Conforme refere a AdC esta rede assume-se como um fórum de debate sobre a política da concorrência visando a aplicação coerente dos artigos 101.º e 102.º do TFUE pelos Estados-Membros.<sup>57</sup>

Em 2005 a Comissão Europeia divulgou o projeto relativo ao regime de clemência para consulta pública tendo o mesmo sido, inicialmente, objeto de críticas atendendo, por um lado, à inexistência de tradição jurídica nesta matéria (tratava-se da possibilidade de negociação entre uma autoridade pública e empresas privadas) e, por outro, no que respeitava à ética subjacente a este regime, nomeadamente, porque o recurso àquele regime acaba por beneficiar o infrator que denuncia os co infratores.<sup>58</sup>

Contudo, o regime de clemência foi sendo adotado por diversos Estados Membros com resultados práticos e mais eficazes na deteção e combate aos cartéis verificando-se, inclusivamente, a harmonização dos programas de clemência dos Estados Membros aderentes, com o programa da Comissão.

Com o Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, verificou-se a possibilidade de aplicação de diversos regimes de clemência, por força da previsão de aplicação direta e privada do estatuído nos primitivos artigos 81.º e 82.º do TFUE. Mercê da pluralidade de regimes aplicáveis e no âmbito da Comunicação da Comissão nº 2006/C 298/11, relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos

---

<sup>57</sup>Disponível em [http://www.concorrenca.pt/vPT/Sistemas\\_da\\_Concorrenca/Sistema\\_Europeu\\_da\\_Concorrenca/Rede\\_Europeia\\_da\\_Concorrenca\\_ECN/Paginas/Rede-Europeia-da-Concorrenca-ECN.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Sistemas_da_Concorrenca/Sistema_Europeu_da_Concorrenca/Rede_Europeia_da_Concorrenca_ECN/Paginas/Rede-Europeia-da-Concorrenca-ECN.aspx)

<sup>58</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & LOUREIRO, Flávia, “Comentários ao artigo 70º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, páginas 844 e 845.

processos relativos a cartéis, <sup>59</sup> estabeleceu-se, por fim, a tramitação do regime de clemência, visando a uniformização desta matéria e o consequente garante de uma maior certeza jurídica.

*“Pela sua própria natureza, os cartéis secretos são frequentemente difíceis de detectar e investigar sem a cooperação das empresas ou pessoas que neles participam. Assim, a Comissão considera que é do interesse da Comunidade recompensar as empresas que participam neste tipo de práticas ilícitas e que estão dispostas a pôr termo à sua participação e a cooperar no âmbito da investigação da Comissão, independentemente das outras empresas envolvidas no cartel. Para os consumidores e os cidadãos em geral, a detecção e sanção dos cartéis secretos reveste-se de maior interesse do que a aplicação de coimas às empresas que permitem à Comissão detectar e proibir essas práticas.”* (Ponto 3 da Comunicação).

Nesse sentido, determinou a Comissão que é concedida imunidade relativamente a qualquer coima que seria aplicável à empresa que denuncie a sua participação num cartel, que afete a Comunidade, desde que essa empresa seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova que permitam à Comissão efetuar uma inspeção visando o cartel ou determinar a existência de uma infração nos termos do artigo 101º do TFUE, relativamente ao alegado cartel (ponto 8 da Comunicação).

No que se refere à possibilidade de redução da coima, as empresas que não reúnam os requisitos necessários para a concessão de imunidade da coima poderão beneficiar da respetiva redução, se fornecerem à Comissão elementos de prova da alegada infração, que apresentem um valor acrescentado significativo relativamente aos elementos de prova já na posse da Comissão e preencham as condições cumulativas estabelecidas nas alíneas a) a c) do ponto 12 (ponto 24 da Comunicação).

Mais estabelece a graduação e o nível de redução de que a(a) empresa(s) pode(m) beneficiar, nos seguintes termos (ponto 26 da Comunicação):

- À primeira empresa que forneça um valor acrescentado, prevê-se uma redução de 30% a 50%;

---

<sup>59</sup> *Jornal Oficial da União Europeia* de 8 de dezembro de 2006.

- À segunda empresa que forneça um valor acrescentado, prevê-se uma redução de 20% a 30%;
- Às empresas seguintes que forneçam um valor acrescentado significativo, prevê-se: uma redução até 20%.

No âmbito da Diretiva nº 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014,<sup>60</sup> relativa a regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da UE, matéria que será abordada na última parte deste trabalho, é igualmente feita referência ao regime da clemência.<sup>61</sup>

Mormente, no considerando 26 daquela Diretiva e, no sentido de estabelecer um ponto de equilíbrio entre a motivação para que as empresas adiram ao programa de clemência e, em simultâneo, não se exponham a ações de indemnização movidas por terceiros que sofram danos decorrentes do funcionamento de um cartel, estabeleceu-se que as declarações autoincriminatórias, como sejam declarações de clemência e as propostas de transação elaboradas apenas para efeitos dessa cooperação com as autoridades da concorrência, não sejam objeto de divulgação enquanto elementos de prova.

A Comissão Europeia fomenta a denúncia de práticas anti concorrenciais, evidenciando o nível de perigosidade dos cartéis e publicitando informações relativas ao regime de clemência no seu *site*.<sup>62</sup> Desta forma, esclarece as empresas que caso denunciem e colaborem no combate aos cartéis poderão beneficiar da imunidade ou redução das penas aplicáveis, bem como evidencia a essencialidade deste regime na obtenção de elementos de prova.

---

<sup>60</sup> *Jornal Oficial da União Europeia* de 5 de dezembro de 2014.

<sup>61</sup> “Os programas de clemência e os procedimentos de transação são ferramentas importantes para a aplicação pública do direito da concorrência da União, uma vez que contribuem para a deteção e investigação eficiente das infrações mais graves ao direito da concorrência, e para a imposição de sanções contra tais infrações. Além disso, como muitas decisões das autoridades da concorrência em processos de cartéis se baseiam numa declaração de clemência e as ações de indemnização nos processos de cartéis decorrem, de um modo geral dessas decisões, os programas de clemência são igualmente importantes para a efetividade de ações de indemnização em processos de cartéis.” (Considerando 26 da Diretiva nº 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014).

<sup>62</sup> Disponível em [https://ec.europa.eu/info/index\\_en](https://ec.europa.eu/info/index_en)



*“Secret cartels are the most serious infringements of the EEA competition rules since they invariably result in higher prices. Whether in the form of price-fixing or market sharing agreements, the allocation of production quotas or bid-rigging, they harm industry and consumers in the EEA.” “Secret cartels are the most serious. In essence, the leniency policy offers companies involved in a cartel – which self-report and hand over evidence – either total immunity from fines or a reduction of fines which the Commission would have otherwise imposed on them.”*

Com vista à harmonização dos regimes de clemência nos diversos Estados-Membros, o Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram a Diretiva nº 2019/1, de 11 de dezembro de 2018<sup>63</sup>, destinada a clarificar as regras atinentes à concessão de clemência contribuindo, em consequência, para a diminuição da incerteza jurídica e para o aumento da atratividade dos programas de clemência. A este propósito atente-se, nomeadamente, aos considerandos 50 a 64 da referida Diretiva.

Mais recentemente - em março de 2019 - a Comissão lançou no seu *site* uma plataforma *on line* através da qual é permitida a apresentação de documentos atinentes aos pedidos de clemência num servidor seguro para esse efeito, evitando que as empresas tenham de deslocar-se pessoalmente à Comissão para proferir declarações orais facilitando, deste modo, a tramitação do processo.

### **2.3.3 O regime da clemência no direito nacional**

No ordenamento jurídico nacional o regime da clemência surge, pela primeira vez, no âmbito da Lei nº 39/2006, de 25 de agosto, que estabelece o regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contraordenação por infração às normas nacionais de concorrência, tendo a mesma sido revogada pelo atual NRJC (*vide* nº 2 do artigo 99ª da Lei nº 19/2012, de 8 de maio).

*“O legislador português vinha permitindo já desde 2006, à semelhança do que sucede tanto nos Estados Unidos da América, como na União Europeia, a aplicação do estatuto da clemência, que tem como objetivo incentivar os participantes em práticas concertadas proibidas (...) a fornecer à ADC informações e elementos de prova relativos àquelas*

---

<sup>63</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=EN>.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=EN>

*infrações, em troca de uma dispensa ou atenuação da coima que lhes seria em princípio aplicada. Pretende-se através deste mecanismo, fragilizar a estrutura da concertação ou cartel, pondo em causa a cooperação entre os concorrentes concertados e facilitando assim tanto a sua deteção, como a respetiva recolha de provas.”*<sup>64</sup>

Genericamente podemos considerar que o NRJC, relativamente à revogada Lei nº 39/2006, de 25 de agosto, veio proteger os requerentes da dispensa ou redução de coima, por ordem de apresentação do respetivo pedido e veio definir diferentes patamares dos montantes de redução da coima aplicável. Por outro lado, veio introduzir a impossibilidade de acesso, por terceiros, ao pedido de informações e documentos constantes do processo de clemência, questão que será abordada com maior detalhe, mais à frente neste trabalho.

No NRJC, o regime da clemência encontra-se previsto no respetivo artigo 75º ao estatuir a dispensa ou a redução especial de coimas, no âmbito de processos de contraordenação que tenham por objeto acordos ou práticas concertadas entre duas ou mais empresas concorrentes proibidas pelo artigo 9º desta lei, bem como e caso seja aplicável, pelo artigo 101º do TFUE, que tenham como objetivo “(...) *coordenar os seus comportamentos concorrenciais no mercado ou influenciar variáveis concorrenciais relevantes, nomeadamente através de fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, atribuição de quotas de produção ou de venda, repartição de mercados, incluindo concertação em leilões e concursos públicos, restrição de importações ou exportações ou ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes.*”

Mais determina que poderão beneficiar da dispensa ou redução da coima aplicável as empresas (na aceção do nº 2 do artigo 3º) e os titulares do órgão de administração das pessoas coletivas ou equiparadas e ainda os responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação concorrencial, considerados responsáveis nos termos do nº 6 do artigo 73º (Artigo 76º do NRJC).

A violação do disposto no artigo 9º da LDC, bem como do artigo 101º do TFUE, constitui contraordenação punível com coima, nos termos das alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 68º da LDC, cujo valor será o limite de 10% do volume de negócios realizado no exercício

---

<sup>64</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & LOUREIRO, Flávia, “Comentários ao artigo 70º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, páginas 842 e 843.

imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC (artigo 69º, nº 2 do NRJC). Refira-se, a este propósito, que a solução legal consagrada é um decalque da legislação comunitária.

A AdC concede a dispensa da coima aplicada à empresa que seja a primeira a denunciar e a revelar a sua participação num alegado acordo ou prática concertada, bem como forneça informações e meios de prova que permitam a esta autoridade fundamentar o pedido de diligências de busca e apreensão (alínea c) do nº 1 do artigo 18 e artigos 19º e 20º) e no momento em que a empresa denunciante forneça esses elementos, a AdC ainda não dispusesse de elementos suficientes que lhe permitissem encetar essas diligências ou, em alternativa, verificar a existência de uma infração prevista no artigo 75º, desde que nesse momento, ainda não dispusesse de elementos de provas suficientes sobre a alegada infração (nº 1 do artigo 77º do NRJC).

Acresce que e para que a AdC possa conceder a dispensa de aplicação de coima a esta primeira empresa colaborante sempre terá de cumprir, cumulativamente, os seguintes requisitos (*vide* artigo 77º do NRJC):

- Fornecer todas as provas e informações de que disponha;
- Responder no mais curto tempo possível a pedidos de informação que lhe sejam dirigidos pela AdC no âmbito da investigação;
- Abster-se da prática de quaisquer atos cuja consequência seja dificultar a investigação, como seja a destruição, falsificação ou dissimulação de provas;
- Abster-se de revelar a intenção de apresentação do pedido de dispensa, ou a apresentação e/ ou o seu conteúdo, a menos que a AdC a autorize, por escrito, para tanto;
- Ponha termo à sua participação na infração, assim que dê início à sua colaboração com a AdC até ao momento em que forneça informações e/ ou provas à AdC, a menos que esta entidade lhe solicite que prossiga na sua atuação com vista a garantir a eficácia da investigação e do processo;
- Não tenha coagido as demais empresas intervenientes a participar na infração concorrencial.

É, igualmente, exigível que as informações e provas que sejam cedidas por essa empresa contenham informações completas e esclarecedoras que permitam aferir o conteúdo do

acordo ou da prática concertada, nomeadamente “(...) *os objetivos, atividades e funcionamento, o produto ou serviço em causa, o âmbito geográfico, a duração e informações específicas sobre datas, locais, conteúdo e participantes em contactos efetuados e todas as explicações relevantes apresentadas em apoio do pedido.*” (nº 3 do artigo 77º do NRJC).

Por outro lado e no que se refere às demais empresas que pretendam colaborar com a AdC e que não observem as condições estatuídas no nº 1 do artigo 77º do NRJC, prevê-se a redução da coima aplicável, desde que observem os seguintes requisitos: forneçam informações e provas sobre uma infração que integre a previsão do artigo 75º que revelem um valor adicional significativo relativamente aos elementos/provas já na posse da AdC e lhe permitam fundamentar o pedido de diligências de busca e apreensão (alínea c) do nº 1 do artigo 18 e artigos 19º e 20º) e no momento em que a empresa denunciante forneça esses elementos, a AdC ainda não dispusesse de elementos suficientes que lhe permitissem encetar essas diligências ou, em alternativa, verificar a existência de uma infração prevista no artigo 75º, desde que nesse momento, ainda não dispusesse de elementos de provas suficientes sobre a alegada infração, nos termos do nº 1 do artigo 77º do NRJC (artigo 78º do NRJC).

São, igualmente, estabelecidos os seguintes critérios e graduação de percentagens de redução da coima aplicável, nos termos das alíneas a) a c) do artigo 78º do NRJC:

- “a) À primeira empresa que forneça informações e provas de valor adicional significativo é concedida uma redução de 30% a 50%;*
- b) À segunda empresa que forneça informações e provas de valor adicional significativo é concedida uma redução de 20% a 30%;*
- c) Às empresas seguintes que forneçam informações e provas de valor adicional significativo é concedida uma redução até 20%.”*

No que se refere aos titulares dos órgãos de administração e demais responsáveis pelas empresas intervenientes, categoria abrangida pela dispensa ou redução da coima prevista na alínea b) do artigo 76º do NRJC, determina o artigo 79º daquele diploma legal que beneficiam *mutatis mutandis* do previsto no nº 6 do artigo 76º (independentemente de terem requerido os benefícios a título pessoal), bem como os que colaborem a título

individual, beneficiam com as devidas adaptações do disposto nos artigos 77º e 78º do NRJC.

O pedido de dispensa ou de redução de pena é tramitado através de um procedimento administrativo, em cumprimento do previsto no artigo 80º do NRJC, encontrando-se devidamente regulado pelo Regulamento nº 1/2013 da AdC.

No referido regulamento, evidencia-se a possibilidade de o requerimento escrito de pedido de clemência poder ser apresentado de forma não exaustiva, conforme determina o nº 4 do artigo 2º, podendo ser efetuado através de correio, de correio eletrónico, de telecópia ou, ainda, presencialmente. Por outro lado, prevê-se que o pedido escrito de clemência possa ser substituído por declarações orais (*vide* artigo 2º, nº 5), apresentadas em reunião com o serviço instrutor na sede da AdC. Estas formas de apresentação do pedido de clemência resultaram da consulta pública realizada pela AdC, entre julho e setembro de 2012, cujos contributos espelharam a necessidade de aproximar e harmonizar o regime jurídico nacional com o comunitário. Nesse sentido veja-se o Relatório Preambular relativo ao Regulamento nº 1/2013,<sup>65</sup> que considerou que *“as três formas expressamente indicadas nas alíneas do artigo 2º, nº 4 foram selecionadas por corresponderem às formas que melhor asseguram a confidencialidade dos pedidos, bem como a determinação da data e hora da sua apresentação. Além disso correspondem às formas habituais de apresentação dos pedidos noutras jurisdições, como é o caso da Comissão Europeia. (...) A redação das disposições do Regulamento sobre a apresentação de requerimento de dispensa ou redução da coima sob forma oral é fortemente inspirada no programa de clemência da Comissão Europeia e nas práticas das jurisdições membros da rede ECN.”*

Como complemento à aplicação do regime da clemência, previsto no NRJC e regulado no Regulamento nº 1/2013 da AdC, a AdC veio emitir uma Nota Informativa sobre o Regime de dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras da concorrência<sup>66</sup> da qual se destacam os seguintes esclarecimentos:

- O regime da dispensa ou redução da coima aplica-se às infrações referidas no artigo 75º da LDC e, se aplicável, pelo artigo 101º do TFUE;

---

<sup>65</sup> Disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt) (site da Autoridade da Concorrência).

<sup>66</sup> Idem.

- Os cartéis são punidos com coimas até 10% do volume de negócios da empresa infratora referente ao exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória da AdC;
- O recurso a este regime permite à AdC prosseguir na sua atividade de investigação e punição de cartéis;
- O cumprimento de todas as condições e requisitos previstos neste regime, permitem a obtenção da dispensa de coima;
- Qualquer pessoa pode diretamente ou através de mandatário constituído para o efeito, contatar previamente a AdC com vista à apresentação de um eventual pedido de dispensa ou redução de coima;
- No decurso dessa fase de contactos prévios, podem ser discutidos aspetos gerais deste regime e/ou questões relativas à infração em causa, ainda que perante factos meramente hipotéticos.

Tal como determina o artigo 82º da LDC, a decisão relativa ao pedido de dispensa ou de redução da coima é apreciado na decisão da AdC a que se refere a alínea a) do nº 3 do artigo 29º do mesmo diploma legal, isto é, remete-se para a decisão daquela autoridade que conclui a fase da instrução do processo de contraordenação e põe termo à fase administrativa do processo sancionatório.

*“Deve entender-se que a opção do legislador pela remissão expressa para a norma do artigo 29º, nº 3, alínea a), implica, em primeiro lugar, que a decisão sobre o pedido de dispensa ou de redução da coima deva considerar-se como constituindo ou integrando uma decisão que declara a existência de uma prática restritiva da concorrência, e, nessa medida, assumo o carácter de uma decisão condenatória. (...) Ao prever a apreciação de pedidos de dispensa e/ou de redução de coimas como apenas mais uma das matérias a tratar no âmbito da decisão a que se refere o artigo 29º, nº 3, alínea a), o artigo 82º, nº 1 do RJC confirma a aplicabilidade aos processos de contraordenação em que estejam em causa pedidos daquela natureza da totalidade do regime que regula este tipo de decisões.”<sup>67</sup>*

---

<sup>67</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & LOUREIRO, Flávia, “Comentários ao artigo 70º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, página 939.

No que se refere ao regime da clemência em vigor no ordenamento jurídico português a AdC contém no seu *site* <sup>68</sup> diversos apelos e incentivos ao recurso a este programa invocando, para tanto, tratar-se de um mecanismo fundamental para a deteção de cartéis, mais esclarecendo que o cartel *“distorce o mercado, por exemplo, através de uma subida artificial dos preços, e reduz os incentivos a novos e melhores produtos e serviços. O cartel é ilegal e punível com coima que pode ir até 10% do volume de negócios da empresa; os administradores e diretores também podem ser condenados até 10% da sua remuneração anual.”*

## **2. 3. 4 - Algumas decisões relativas à concessão de clemência**

### **2.3.4.1 - Experiência norte-americana**

Nos EUA atendendo quer à cultura de clemência, quer à dimensão e escala da economia são múltiplos os pedidos de concessão de clemência a diversas empresas que denunciam a existência e o funcionamento de cartéis.

A título meramente exemplificativo identifica-se apenas um dos cartéis cujo valor das coimas aplicadas pela Divisão Antitrust do Departamento de Justiça foi um dos mais elevados, de sempre, o cartel das peças de borracha automóveis<sup>69</sup> que envolveu, entre outras, a empresa Bridgestone Corporation. As várias empresas que compunham o cartel acordaram na fixação de preços desta peça automóvel tendo a Bridgestone colaborado na identificação e investigação deste cartel. Na sequência deste processo veio a ser condenada no pagamento de uma multa no valor de \$ 425 milhões de dólares.

### **2. 3. 4. 2 - Decisões da Comissão Europeia <sup>70</sup>**

São identificadas as seguintes decisões tendo por critério o significativo valor das coimas aplicadas pela Comissão, às empresas envolvidas, na sequência da denúncia ao abrigo do programa de clemência.

---

<sup>68</sup> Disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

<sup>69</sup> Disponível em <https://www.justice.gov/atr/antitrust-case-filings-alpha>

<sup>70</sup> Disponíveis em <http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>

- Decisão de março de 2019, relativa a dois cartéis de fornecedores de cintos de segurança, airbags e volantes para fabricantes de carros europeus.

Três fornecedores de equipamentos de segurança automóvel (Takata/Autoliv e TRW) trocaram informações comerciais sensíveis e coordenaram seu comportamento no mercado para o fornecimento alguns equipamentos de segurança ao Grupo Volkswagen e BMW. Os fornecedores mantiveram reuniões nas respetivas instalações comerciais e outros locais, bem como através de telefonema e e-mails.

Com a sua conduta coordenaram os preços praticados no mercado, aumentando os lucros obtidos, acabando por prejudicar os consumidores europeus, mais afetando a competitividade do sector automóvel europeu (que emprega cerca de 13 milhões de pessoas na UE).

A empresa Takata recebeu a total imunidade por ter denunciado o cartel evitando, deste forma, o pagamento de uma coima que rondaria os 195 milhões de euros.

As empresas Autoliv e a TRW beneficiaram de reduções das suas multas pela sua cooperação com a investigação da Comissão. As reduções refletem o calendário da sua cooperação e a medida em que as provas que forneceram ajudaram a Comissão a provar a existência dos cartéis em que participavam.

No total e no que se refere a este cartel, a Comissão aplicou coimas no valor de 138 milhões de euros.

- Decisão de fevereiro de 2017, relativa a um cartel formado pelas empresas Campine, Eco-Bat, JCI e Recylex que visou a fixação de preços máximos e a redução de preços de compra de chumbo de sucata e baterias automóveis na Bélgica, Alemanha, França e Holanda, que foram usadas para a produção de chumbo reciclado.

O referido cartel tinha como objetivo impedir, restringir ou distorcer a concorrência para a compra de sucata de baterias automóveis de chumbo-ácido, fixando os preços de compra de tais produtos, a fim de reduzir os valores de compra ou impedir seu aumento, tendo as partes coordenado o seu comportamento no mercado e as negociações com fornecedores através de contatos mantidos entre si.

A empresa JCI denunciou o cartel, tendo beneficiado da imunidade de coima e as demais empresas intervenientes acabaram por colaborar, tendo a Comissão em função da duração da atividade anti concorrencial concedido uma redução, respetivamente, de 50% e 30%,



à empresa Eco-Bat e Recyclex e à Campine nenhuma redução uma vez que foi a que manteve durante mais tempo a sua atividade nos termos do acordado no cartel.

Na investigação e condenação deste cartel, a Comissão aplicou coimas no total de 68 milhões de euros.

- Decisão de setembro de 2014, referente a um cartel formado por quatro empresas - Infineon, Philips, Renesas e Samsung - fornecedoras de chips de cartões inteligentes, utilizados em cartões SIM de telemóveis, cartões bancários, bilhetes de identidade, passaportes e outros.

As empresas envolvidas conspiraram através de contatos bilaterais coordenando a descida de preços, tendo trocado informação comercial relativa a preços, a clientes, a negociações de contrato, a capacidade de produção ou utilização desta capacidade, bem como o comportamento a adotar no mercado.

Desta forma e atendendo ao nível de cooperação de uma parte das empresas participantes deste cartel, a Renesas beneficiou de imunidade total atendendo a que foi a primeira a denunciar o cartel e a Samsung beneficiou de uma redução de 30% na coima aplicável, tendo a Comissão aplicado coimas no valor total de 138 milhões de euros.

#### **2. 3. 4. 3 - Decisões da Autoridade Nacional da Concorrência <sup>71</sup>**

Desde a data de entrada em vigor da Lei nº 39/2006, de 25 de agosto, que veio estabelecer o regime jurídico da clemência, foram decididos pela AdC apenas cinco casos relativos a cartéis. Durante a vigência do regime de 2006 foram decididos três casos de cartéis, evidenciando-se o cartel das cantinas supramencionado<sup>72</sup>. Já no âmbito da vigência do atual NRJC - que inovou relativamente ao anterior regime ao prever a possibilidade de concessão de redução a qualquer empresa que forneça informações relevantes não limitando essa possibilidade apenas à segunda empresa – foram decididos apenas dois casos de cartéis.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup>

Disponível em [http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Decisoes\\_da\\_AdC/Paginas/lista.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/lista.aspx)

<sup>72</sup> Ponto 2.2.1.

<sup>73</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, páginas 451 e 452.

O critério de escolha das seguintes decisões reside no impacto e na visibilidade que a investigação destes cartéis teve na opinião pública nacional.

- Comunicado nº 24/2009 de 30 de dezembro de 2009 <sup>74</sup> - Condenação pela AdC das empresas EUREST, TRIVALOR, UNISELF, ICA, SODEXO e outros arguidos (sete pessoas singulares), pela prática de fixação de preços e repartição de clientela. As empresas participantes tiveram intervenção na troca de informações sensíveis e celebraram e executaram um acordo de repartição de clientela no mercado das refeições e serviços de gestão e exploração de refeitórios, cantinas ou restaurantes ou outros espaços, no âmbito da restauração coletiva.

O acordo implicava o pagamento de uma compensação por cada participante das suas concorrentes, no caso de uma prestação de serviços não lhe ser adjudicada, bem como que as empresas excluídas do concurso mas que integrassem o cartel, caso estivessem insatisfeitas com as condições de preço propostas pelo cliente, provocassem a abertura de novo concurso, no qual as suas concorrentes concertariam os preços apresentados, que seriam mais altos.

Tratou-se do primeiro caso em que foi aplicado o regime de clemência. Na sequência desta investigação foram condenados administradores e gerentes (à empresa Trivalor foi aplicada uma coima no valor de €6,778.686,20, à empresa Eurest uma coima no valor de €5.207.746,61 e à empresa Uniself uma coima no valor de €1.742.124,83). No que se refere à gravidade da infração, estas três sociedades sofreram as sanções mais pesadas que corresponderam a 4% dos respetivos volumes de negócios anuais. A ICA foi, ainda, condenada no pagamento de uma coima de € 634.387,87, correspondente a 2% da sua faturação anual, e, por último, foi aplicada uma coima de € 357.337,76 à Sodexo correspondente a 2,8% do volume de negócios.

O administrador da Eurest foi o único isentado do pagamento de qualquer coima atendendo a que foi o denunciante deste cartel junto da AdC.

- Comunicado 11/2018 da AdC - Esta entidade adotou uma Nota de Ilicitude contra as seguradoras Fidelidade – Companhia de Seguros, Lusitania – Companhia de Seguros, Multicare – Seguros de Saúde, Seguradoras Unidas, S.A. e Zurich Insurance PLC – Sucursal Portugal, bem como contra catorze titulares de órgãos de administração ou

---

<sup>74</sup> Decisão já referida supra no ponto 2.2.1 deste trabalho.

direção das empresas, por constituírem um cartel de repartição de mercado e fixação de preços.

De acordo com o comunicado da AdC, o referido cartel terá tido a duração de sete anos e originado o aumento do custo dos seguros contratados com grandes clientes empresariais, nomeadamente nos ramos de acidentes de trabalho, da saúde e automóvel. As empresas envolvidas representam, em conjunto, cerca de 50% do mercado em cada um dos mencionados ramos de seguro.

A abertura da investigação pela AdC decorreu na sequência de denúncia à AdC por parte de empresas que participaram no cartel.

## **2. 4 - Articulação do Regime da Clemência com o *Private Enforcement***

O acervo legislativo que visa garantir o cumprimento das regras do Direito da Concorrência, pelos diversos operadores económicos, constitui o *public enforcement*.<sup>75</sup>

A criação dessas regras tem, necessariamente, fonte nos Estados que através das respetivas autoridades da concorrência prosseguem à investigação de práticas restritivas da mesma.

Nesse sentido e no ordenamento jurídico nacional atente-se aos poderes da AdC, nomeadamente de abertura de inquérito, de inquirição, de busca domiciliária e apreensão de documentos, bem como de realização de estudos, inspeções e auditorias<sup>76</sup> e, consequentemente, ao regime sancionatório previsto no NRJC.<sup>77</sup>

Resulta dos seus estatutos que “*tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social,*

---

<sup>75</sup> “Public enforcement means that antitrust rules are enforced by state authorities. Normally public enforcers are vested with special powers and use special procedures to investigate an infringement. Decisions of antitrust authorities are subject to judicial review. The public enforcement process can broadly be separated into two steps: detection and intervention.” (HUSCHELRATH, Kai & Sebastian Peyer, “Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach”, CCP Working Paper 13-5, 2013, página 7, disponível em <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=856093125087083087018103086088009100060006063087051074127084023094112097004007068108038021018041122035062066123099109076090092049045093023049075127101015066089126010042049117095121092096108005005122024022018019024126120095076085012112072025073108085&EXT=pdf>.

<sup>76</sup> Respetivamente, nos termos dos artigos 17.º a 20.º e 61.º a 64.º da Lei nº 19/2012 de 8 de maio.

<sup>77</sup> Artigos 67.º a 74.º da Lei nº 19/2012 de 8 de maio.

*no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores”*<sup>78</sup>, para além dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação supra referidos e previstos no artigo 6.º dos estatutos.

Refira-se, igualmente, que o n.º 1 do artigo 5º do NRJC determina que é à AdC que incumbe o respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência, devidamente habilitada com os já suprarreferidos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

A AdC assume, assim, no nosso ordenamento jurídico, o papel de “*public enforcer*” na defesa das regras da concorrência.

O *public enforcement* destina-se, iminentemente, à defesa do interesse público da livre concorrência do mercado, mediante a criação de regras que impedem a sua restrição ou falseamento, bem como procede à aplicação de sanções aos seus infratores com vista, igualmente, a dissuadir que outros incorram no mesmo comportamento.

*“O enquadramento sancionatório dos comportamentos violadores das regras materiais da concorrência beneficiam, pois, os agentes de mercado – embora não apenas eles e, segundo uma visão atual e corrente (teoria da promoção da eficiência económica e do bem estar dos consumidores), nem sequer principalmente eles – numa perspetiva individualizada, mas de consecução do bem comum.”*<sup>79</sup>

Atendendo à natureza pública do *public enforcement*, este não visa acautelar os danos que possam resultar para terceiros decorrentes das práticas restritivas da concorrência, isto é,

---

<sup>78</sup> Artigo 1.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto (Diário da República, 1.ª série - N.º 157 - 18 de agosto de 2014).

<sup>79</sup> ESPÍRITO SANTO NORONHA, João, “Litigância Jurídico-Privada e Direito da Concorrência – A Diretiva n.º 2014/104/EU, de 26 de novembro de 2014: Divulgação de Elementos de Prova, Efeitos das Decisões Nacionais, Prazos de Prescrição e Responsabilidade Solidária”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, n.º 19, julho-setembro/2014, página 59.

pese embora tenha como objetivo proteger quem possa ter sido lesado pela existência e funcionamento de um cartel, não se destina a reintegrar a situação do lesado.<sup>80 81</sup>

---

<sup>80</sup> “Na verdade, enquanto na perspectiva de public enforcement o objetivo da intervenção da AdC é o de assegurar a forma apropriada de colocar um fim à conduta anticoncorrencial, sem contudo ajudar as vítimas, no private enforcement a perspectiva é diversa, permitindo aos particulares, designadamente através da propositura de ações judiciais, após ou mesmo independentemente da pronúncia da AdC, solicitar o desencadear dos mecanismos civis disponíveis para que seja reposta a situação anterior à prática restritiva – designadamente através da declaração de nulidade do contrato ou parte ferido de invalidade e, se for o caso, para a obtenção da reparação ou compensação dos danos sofridos.” (GORJÃO-HENRIQUES, Miguel & ANASTÁCIO, Catarina, “Comentários ao artigo 9º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, página198).

<sup>81</sup> “O que ressalta no public enforcement é a existência e um litígio entre a Administração Pública, in casu, a AdC, e a empresa visada. Tal litígio é, num primeiro momento resolvido pela AdC que, comprometida institucionalmente com a prossecução do interesse público da defesa e promoção da concorrência, o resolve ela própria pela aplicação impositiva das normas da concorrência.” (RAMOS, Maria Elisabete, “Situação do Private Enforcement da Concorrência em Portugal”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, n.ºs 27 e 28, julho-dezembro/2016, página 37).

É precisamente neste âmbito que surgem as denominadas ações de *private enforcement*,<sup>82 83</sup>, ações de responsabilidade civil<sup>84</sup> destinadas ao ressarcimento do(s) dano(s) causado(s) ao terceiro que foi afetado pela prática anti concorrencial.<sup>85 86</sup>

Jurisprudencialmente há que fazer referência ao Acórdão *Courage Ltd v Bernard Crehan*<sup>87</sup> no qual é consagrado o direito dos particulares à reparação dos prejuízos sofridos por uma infração ao direito comunitário, isto é, confere-se uma tutela

---

<sup>82</sup> “O *private enforcement* é, por assim dizer, a forma privada de tutela da concorrência e está em causa sempre que uma parte privada apresenta um pedido civil independente ou uma reconvenção baseados na violação de regras de defesa da concorrência, sendo o seu elemento característico o facto de conduzir a qualquer forma de sanção civil contra o infrator. Ao contrário do que sucede o chamado *public enforcement*. i. e. a aplicação pública/administrativa do direito da concorrência que é levada a cabo por autoridades administrativas especializadas que dirigem as suas decisões aos particulares e têm o poder de lhes impor sanções, sendo portanto a disputa vertical, a aplicação privada/civil do direito da concorrência é levada a cabo horizontalmente entre particulares no quadro de um processo civil, sendo as sanções impostas de natureza civil.” (GORJÃO-HENRIQUES, Miguel & ANASTÁCIO, Catarina, “Comentários ao artigo 9º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, página 198).

<sup>83</sup> “*Private enforcement* refers to individually initiated litigation, either as stand-alone or follow-on action, before a court to remedy an infringement of antitrust law. If successful, the legal action leads to some sort of civil sanction imposed by a court such as damages, restitution, injunction, nullity or interim relief (Komninos 2008; Yeung 1998). Unlike public enforcement agencies, private parties do not have special (public) powers in civil law disputes. The public enforcement process can broadly be separated into two steps: detection and intervention.” (HUSCHELRATH, Kai & Sebastian Peyer, “Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach”, CCP Working Paper 13-5, 2013, páginas 10 e 7, disponível em <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=856093125087083087018103086088009100060006063087051074127084023094112097004007068108038021018041122035062066123099109076090092049045093023049075127101015066089126010042049117095121092096108005005122024022018019024126120095076085012112072025073108085&EXT=pdf>).

<sup>84</sup> “No direito civil, os ilícitos antitrust são apontados como exemplo da segunda modalidade de responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana), uma vez que o âmbito de proteção das normas do direito da concorrência abrange também interesses particulares. A função da responsabilidade civil é compensar danos. Qualquer pessoa lesada por uma infração contra as normas da concorrência pode pedir uma indemnização ao tribunal, verificados os requisitos da responsabilidade civil.” (DIAS PEREIRA, Alexandre L., “Private Enforcement do Direito Antitrust: Novas Perspetivas sobre a Aplicação Privada do Direito da Concorrência com a Diretiva 2014/104/EU”, *Revista de Direito Comercial*, disponível em [www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com) – 2017/12/03, página 732).

<sup>85</sup> “Ao contrário da realidade norte-americana, onde a via privada é responsável pela esmagadora maioria das ações judiciais “anti-trust”, na Europa este ramo continua a ser aplicado quase exclusivamente através das autoridades administrativas (“public enforcement”).” (ROSSI, Leonor & SOUSA FERRO, Miguel, “O Private Enforcement do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, n.º 22, abril-junho/2015, página 132).

<sup>86</sup> “É comum que na dicotomia *public enforcement* /*private enforcement* seja convocada uma delimitação negativa para caracterizar esta última. A vulgarmente designada aplicação privada da concorrência já foi caracterizada entre nós como “a aplicação do direito da concorrência independente das autoridades administrativas competentes para sua garantia específica.” (RAMOS, Maria Elisabete, “Situação do Private Enforcement da Concorrência em Portugal”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, n.ºs 27 e 28, julho-dezembro/2016, página 38).

<sup>87</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61999CJ0453>

jurisdicional efetiva podendo qualquer particular invocar em juízo a violação do artigo 101.º do TFUE. No mesmo sentido atente-se ao Acórdão Manfredi<sup>88</sup> que remete, igualmente, para a regulamentação nacional (com os limites ao princípio da autonomia processual e institucional), quanto à determinação da compatibilidade com o direito comunitário da atribuição da competência para conhecer ações de indemnização resultantes da violação do direito da concorrência por um tribunal de segunda instância, contrariamente às regras gerais de aferição de competência em matéria de ações de indemnização que são da competência dos tribunais cíveis da comarca competente.<sup>89</sup>

A tutela pública e privada do direito da concorrência complementam-se na medida em que o *public enforcement* procede à criação e ao controlo do cumprimento de normas que regulam a concorrência, ao passo que o *private enforcement* assente em ações indemnizatórias movidas entre privados acaba por reforçar o cumprimento das regras da concorrência, em complemento da atuação das autoridades públicas, mais exercendo um papel dissuasor relativamente às práticas anticoncorrenciais.<sup>90</sup> O *public enforcement* é aplicado por entidades públicas, ao passo que o *private enforcement* é aplicado em sede de litigância privada. Sendo certo que as autoridades públicas estarão melhor habilitadas e apetrechadas para prosseguir a atividade investigatória de atividades anti competitivas.

Na UE, não tendo o Tribunal de Justiça jurisdição para dirimir litígios entre particulares, cabe aos Estados-Membros a previsão e aplicação do direito relativo às ações com fundamento nos princípios que norteiam o Tratado da União, nomeadamente o princípio da equivalência, no sentido de que as regras aplicadas pelos Estados não podem ser menos favoráveis do que as que se aplicam em ações similares com fundamento em direito objetivo nacional e o princípio da efetividade, no sentido de que as regras internas não

---

<sup>88</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62004CC0295>

<sup>89</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, páginas 467 e 474.

<sup>90</sup> “Ora, o *public enforcement* prossegue objetivos diferentes e alcança resultados diferentes dos que são permitidos pelo *private enforcement*. Os dois têm, por sua natureza, uma função complementar.” (ROSSI, Leonor & SOUSA FERRO, Miguel, “O Private Enforcement do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, n.º 22, abril-junho/2015, página 132).

podem tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária.<sup>91 92</sup>

Nos EUA evidencia-se há muito a aplicação quer pública, quer privada, das regras destinadas à defesa da concorrência, cabendo ao *Department of Justice* (equivalente ao Ministério da Justiça) que integra a *Antitrust Division* (um organismo especializado nesta matéria) e a *Federal Trade Commission* (autoridade administrativa equivalente a AdC) a aplicação da esfera pública do direito da concorrência. Historicamente e no que se refere ao *private enforcement*, consagrou-se no *Sherman Act* a previsão da criminalização dessas práticas, cabendo ao *Department of Justice* o respetivo poder investigatório. Por outro lado e como expressão do desenvolvimento das ações indemnizatórias, prevê o regime norte-americano que o montante da indemnização correspondente aos danos sofridos possa ser multiplicado três vezes pelo juiz, conforme a denominada regra “treble damages” que motiva o recurso a este mecanismo judicial.<sup>93</sup> Posteriormente, em 1914, no *Clayton Act* que qualquer pessoa que sofresse danos resultantes de práticas concorrenciais proibidas pudesse recorrer aos tribunais a fim de ser ressarcida dos mesmos.

*“Se é frequente a afirmação doutrinária de que muitos dos landmarks em matéria de decisões judiciais sobre direito antitrust foram obtidos pelas agências federais e estaduais que têm a cargo a deteção e o sancionamento de práticas proibidas, em sequência de elementos probatórios ou de decisões obtidos no âmbito da litigância privada, também não deixa de corresponder à verdade que muitas ações que visam o ressarcimento de danos verificados por práticas proibidas pelo direito da concorrência são follow-on ou piggy-back actions, isto é, ações*

---

<sup>91</sup> ROSSI, Leonor & SOUSA FERRO, Miguel, “O Private Enforcement do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, n.º 22, abril-junho/2015, página 132.

<sup>92</sup> “Na Europa é privilegiado o modelo do public enforcement do direito da concorrência, confiando, por isso, a perseguição das infrações da concorrência a entidades públicas, remetendo-se o private enforcement para segundo plano.” (RAMOS, Maria Elisabete, “Situação do Private Enforcement da Concorrência em Portugal”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, n.ºs 27 e 28, julho-dezembro/2016, página 30).

<sup>93</sup> ESPÍRITO SANTO NORONHA, João, “Litigância Jurídico-Privada e Direito da Concorrência – A Diretiva nº 2014/104/EU, de 26 de novembro de 2014: Divulgação de Elementos de Prova, Efeitos das Decisões Nacionais, Prazos de Prescrição e Responsabilidade Solidária”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 19, julho-setembro/2014.



*judiciais movidas na esteira de decisões criminais ou civis, por violação do direito antitrust (...).*<sup>94</sup>

As vantagens das ações de *private enforcement* no que ao direito da concorrência dizem respeito, assentam no já mencionado efeito dissuasor de práticas anticompetitivas, aumentando o nível de cumprimento das regras da concorrência, a contribuição para o desenvolvimento de uma cultura de concorrência, atuação em casos em que o *public enforcement* não atua, o contributo para o aumento da competitividade da economia, bem como permitir a compensação de vítimas da infração das regras.<sup>95</sup>

Essas ações podem ser intentadas por empresas ou consumidores finais na sequência de processos investigatórios das autoridades administrativas (comumente denominadas de *follow-on litigation*) ou, por iniciativa própria, sem carecerem de processo que tenha decorrido previamente nas referidas autoridades (comumente denominadas de *stand-alone actions*).<sup>96</sup>

Nas denominadas *follow-on actions* e porque decorrentes de processos investigatórios das autoridades da concorrência, os lesados necessitam de ter acesso aos elementos probatórios que vieram permitir a deteção e o desmantelamento de um determinado cartel. Sucede que a disponibilização dessa informação pode colocar em risco o programa da clemência na medida em que o membro do cartel que venha a denunciá-lo - pretendendo a isenção ou redução da pena nos termos já supra explanados neste trabalho - ficará sujeito a que um terceiro, lesado pelo cartel ao qual pertenceu mova uma ação indemnizatória contra si.

A decisão de uma autoridade da concorrência, seja de condenação, seja de isenção de redução da coima aplicável, publicita a infração e revela o cartel e a sua forma de funcionamento. Consequentemente, qualquer pessoa ao tomar conhecimento dessa

---

<sup>94</sup> ESPÍRITO SANTO NORONHA, João, “Litigância Jurídico-Privada e Direito da Concorrência – A Diretiva nº 2014/104/EU, de 26 de novembro de 2014: Divulgação de Elementos de Prova, Efeitos das Decisões Nacionais, Prazos de Prescrição e Responsabilidade Solidária”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 19, julho-setembro/2014, página 63.

<sup>95</sup> RAMOS, Maria Elisabete, “Situação do Private Enforcement da Concorrência em Portugal”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, n.ºs 27 e 28, julho-dezembro/2016.

<sup>96</sup> “No domínio do direito interno da concorrência, os processos cíveis não dependem da existência de processos na Autoridade Administrativa, isto é, há lugar às chamadas *stand-alone actions*.” (DIAS PEREIRA, Alexandre L., “Private Enforcement do Direito Antitrust: Novas Perspetivas sobre a Aplicação Privada do Direito da Concorrência com a Diretiva 2014/104/EU”, *Revista de Direito Comercial*, disponível em [www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com) – 2017/12/03, página 738).

informação pode vir a intentar uma ação contra os intervenientes do cartel, incluindo o denunciante que recorreu ao programa de clemência. Desta forma a decisão de clemência motiva os lesados a agir relativamente ao cartel e respetivos membros, caso assim o pretendam.

*“A preocupação é compreensível: sujeitando-se o infrator a responsabilidade civil pelos factos ilícitos que voluntariamente deu a conhecer a uma autoridade da concorrência ou cuja veracidade aceite em sede de transação, se poderiam continuar a apresentar vantagens do ponto de vista do public enforcement, mostrariam no âmbito do private enforcement, uma séria desvantagem, que pode, em termos de volumetria económica superar em muito a vantagem assinalada.”*<sup>97</sup>

Na verdade, será necessário aferir se o recurso à clemência mantém-se compensador para os infratores, em virtude do risco resultante das ações de *private enforcement*.

É, pois, evidente a tensão existente entre o regime da clemência no direito da concorrência e o acesso a meios de prova pelos lesados no âmbito de ações de *private enforcement*.

Qualquer empresa ou particular que pretenda colaborar com as autoridades da concorrência no sentido de denunciar a existência e funcionamento de um cartel terá, necessariamente, de ponderar a obtenção de isenção ou redução da coima aplicável, com o risco de posteriormente a informação/documentos que tenha facultado possam ser usados contra si em *follow-on actions*. O denunciante terá de contrabalançar os incentivos financeiros decorrentes do programa de clemência com o valor da indemnização que venha a ser peticionado pelo lesado.

A possibilidade de acesso a este tipo de informação pelo lesado pode comprometer a eficácia e o sentido do programa de clemência que se assume como a principal fonte de prova de um cartel pelas autoridades da concorrência. Situação que acaba por assumir uma dicotomia entre a defesa do *public enforcement* e a defesa do *private enforcement*.<sup>98</sup>

A empresa ou particular denunciante do cartel sempre terá de ponderar o valor que logrará obter mediante a redução da coima aplicável ou, porventura, a total isenção de pagamento

---

<sup>97</sup> ESPÍRITO SANTO NORONHA, João, “Litigância Jurídico-Privada e Direito da Concorrência – A Diretiva nº 2014/104/EU, de 26 de novembro de 2014: Divulgação de Elementos de Prova, Efeitos das Decisões Nacionais, Prazos de Prescrição e Responsabilidade Solidária”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 19, julho-setembro/2014, página 72.

<sup>98</sup> ROSENBERG, David & James P. Sullivan - Coordinating private class action and public agency enforcement of antitrust law, in *Journal of Competition Law and Economics*, n. 195 – June, Oxford University Press, 2006, páginas. 159-187, página 162 e disponível em <https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/2/2/159/892412>.

da mesma, comparativamente com o valor da indemnização passível de ser peticionado pelo(s) lesados(s) com o cartel, em especial se for considerado solidariamente responsável pelo pagamento dessas indemnizações com os demais membros que integrem o cartel que não recorreram ao programa de clemência.

Verifica-se, pois, a dificuldade de articulação entre a eficácia dos programas de clemência e as referidas ações, tomando em consideração que estas diminuem a atratividade do recurso aos pedidos de isenção ou de diminuição da coima. Caso não se verifique a solidariedade na responsabilidade pelo pagamento dos danos, entre todos os membros do cartel, poder-se-á concluir que os particulares afetados verão notoriamente coartado o seu direito ao total ressarcimento. Quanto maior for o desenvolvimento destas ações de indemnização, nomeadamente se se verificar uma cultura de condenação dos infratores no pagamento de indemnizações avultadas, menor será o incentivo de as empresas e/ou membros envolvidos no cartel recorrerem aos programas de clemência. Pese embora estas ações se destinem, naturalmente, a promover a justiça na condenação do requerente do programa de clemência que não deixou de ser coautor de uma infração grave e beneficiou financeiramente à custa dos lesados com a sua conduta.

#### **2.4.1 - Acesso a meios de prova**

Importa, pois, analisar de que forma é regulado e limitado o acesso aos elementos de prova constantes dos processos de clemência sob pena do desvirtuamento deste instituto contrabalançando com a dificuldade de prova dos danos sofridos, pelos lesados, atendendo à indisponibilidade pública dos mesmos.<sup>99</sup>

Inicialmente, em dezembro de 2005, a Comissão Europeia veio a publicar o Livro Verde no qual aborda, pela primeira vez, as ações de indemnização resultantes da violação de regras concorrenciais.<sup>100</sup> A intenção da Comissão foi a criação de um sistema mais eficaz para este tipo de ações, melhorando o respetivo funcionamento. O objetivo foi fomentar

---

<sup>99</sup> “A notória desigualdade de armas e indisponibilidade pública de elementos de prova de infrações concorrenciais faz com que a disponibilização de mecanismos de acesso seja particularmente premente neste domínio, sob pena de se inviabilizar a salvaguarda dos direitos dos lesados.” (ROSSI, Leonor & SOUSA FERRO, Miguel, “O Private Enforcement do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, n.º 22, abril-junho/2015, página 133).

<sup>100</sup> Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust* disponível em <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/480b628c-5a17-4669-8dde-91b28e76e43b/language-pt>

o recurso às mesmas, combatendo o seu insucesso através da regulamentação do acesso aos documentos que instruem os processos de clemência.<sup>101</sup>

Posteriormente, já em 2008, a Comissão publicou o Livro Branco<sup>102</sup> no qual constam recomendações mais concretas destinadas a reforçar o *private enforcement*, como seja garantir o ressarcimento total aos lesados dos danos sofridos pelas práticas anti concorrenciais e a limitação do montante da indemnização sob responsabilidade do denunciante do cartel.<sup>103</sup> Uma das recomendações mais significativas deste documento e visando o incentivo aos programas de clemência foi a exclusão da revelação aos lesados do conteúdo das declarações de clemência, bem como a proteção das informações do denunciante quer viesse, ou não, a ser admitido o seu pedido de clemência.<sup>104</sup>

Jurisprudencialmente destacaram-se algumas decisões relativas ao acesso a documentos que instruíram processos de investigação de cartéis e no âmbito dos quais o denunciante beneficiou do regime da clemência, que se justifica sejam abordadas no presente trabalho. Acórdão do Tribunal de Justiça Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt – Processo C-360/09, de 14 de junho de 2011<sup>105 106</sup>

---

<sup>101</sup> Sobre o Livro Verde e o Livro Branco publicados pela Comissão Europeia (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & LOUREIRO, Flávia, “Comentários ao artigo 70º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, páginas 845 e 846).

<sup>102</sup> Livro Branco sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust* disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:117E:0161:0165:PT:PDF>

<sup>103</sup> BECKER, Rainer, e Outros, “The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”, Competition Policy Newsletter, Issue 2, 2008, página 5, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/2008\\_2\\_4\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/2008_2_4_en.pdf).

<sup>104</sup> “No contexto da atenção prestada pela Comissão ao tema do *private enforcement*, podem citar-se como documentos particularmente relevantes para a formação da Diretiva n.º 2014/104/EU: (...)o Livro Verde (...) preparado com o objetivo de “[identificar os principais obstáculos a um sistema mais eficaz para as ações de indemnização e apresentar diferentes pistas de reflexão e de possível intervenção para melhorar o funcionamento das ações de indemnização (...)]. No Livro Branco, a Comissão formulou propostas “[de política geral e medidas específicas com o objetivo de garantir “[...] que todas as vítimas de infrações ao direito comunitário da concorrência tenham acesso a mecanismos eficazes que lhes permitam ser plenamente indemnizados pelos danos que sofreram”. (ESPÍRITO SANTO NORONHA, João, “Litigância Jurídico-Privada e Direito da Concorrência – A Diretiva n.º 2014/104/EU, de 26 de novembro de 2014: Divulgação de Elementos de Prova, Efeitos das Decisões Nacionais, Prazos de Prescrição e Responsabilidade Solidária”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 19, julho-setembro/2014, página 65).

<sup>105</sup> Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=85144&doclang=PT>

<sup>106</sup> XAREPE SILVEIRO, Fernando, “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: Novas Valências, Novos Desafios”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III – Número 10, abril-junho / 2012.

A empresa Pfleiderer, uma das principais produtoras mundiais de madeira transformada, adquiriu papel especial e papel decorativo para o tratamento de madeira a empresas que integraram um cartel. As referidas empresas foram punidas mediante a aplicação de coimas, pelo “Bundeskartellamt” (autoridade da concorrência alemã), por terem conluiado a fixação de preços e a limitação da produção dos bens que vendiam.

A Pfleiderer havia-lhes adquirido durante três anos mercadoria cujo valor foi superior a 60 milhões de euros, tendo concluído que pagou um preço manifestamente superior ao devido, ao tomar conhecimento da existência daquele cartel. Na sequência dessa informação tomou a decisão de interpor uma ação de indemnização para ressarcimento dos danos causados. A fim de instruir a referida ação solicitou junto do “Bundeskartellamt” o acesso à consulta, sem restrições, do processo de contraordenação, nomeadamente dos documentos relativos aos pedidos de clemência e a meios de prova confidenciais, tendo a mencionada autoridade recusado parcialmente o acesso a esses documentos. Ato contínuo, a Pfleiderer interpôs recurso para o Tribunal alemão competente (“Amtsgericht Bonn”), tendo este reconhecido que a Pfleiderer era uma lesada daquele cartel por ter pago preços artificialmente altos, mais concluindo pela legitimidade desta empresa no pedido de acesso à documentação do processo. O referido Tribunal veio a ordenar que a autoridade da concorrência alemã permitisse o acesso à informação facultada no âmbito da clemência, bem como aos documentos que sustentaram a acusação <sup>107</sup> tendo, contudo, condicionado o acesso à informação relativa aos segredos do negócio e documentos internos. Mais concluiu que o acesso sempre teria de ser limitado à informação estritamente necessária para sustentar o direito à indemnização enquanto lesada, isto é, os diversos interesses sempre teriam de ser ponderados.

Atendendo a que o litígio em causa carecia da interpretação do Direito da União, o Tribunal alemão tomou a iniciativa de submeter ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial de definir se as regras relativas a cartéis devem ser interpretadas no sentido de

---

<sup>107</sup> Tendo considerado que qualquer pessoa lesada por um comportamento suscetível de restringir ou falsear a concorrência tem direito a reclamar a reparação do prejuízo. No mesmo sentido *vide* Acórdãos *Courage e Crehan* C-453/99, de 20 de setembro de 2001 e *Manfredi e O.* C-295/04 a C-298/04, disponíveis em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db2e51094c49e847278ec1d603b0dbd2d2.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKc3v0?text=&docid=102199&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4309> e <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5eb76d807dd8a48b6b595ca003d1cd240.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTahn0?text=&docid=63741&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=281657>.

que um lesado não pode ter acesso aos documentos relativos aos pedidos de clemência e outros apresentados voluntariamente pelo denunciante, caso pretenda intentar uma ação de responsabilidade civil.

O Tribunal de Justiça não acompanhando as orientações da Comissão Europeia, veio a pronunciar-se no sentido de que o acesso à documentação deve ser determinado de forma casuística relegando nos tribunais nacionais a decisão no sentido de permitir o acesso a essa documentação quando estiver em causa o total ressarcimento do lesado.

A decisão do Tribunal de Justiça contribuiu para a falta de uniformização de decisões nesta matéria ao permitir que os tribunais nacionais dos Estados-Membros decidissem em cada caso se o acesso a esses documentos devia, ou não, ser admitido.<sup>108</sup>

- Acórdão do Tribunal de Justiça Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) v Donau Chemie A. G. – Processo C-536/11, de 6 de junho de 2013<sup>109 110</sup>

A empresa austríaca Donau Chemie dedicava-se à comercialização de produtos químicos para impressão gráfica, tendo integrado um cartel que fixou preços de mercado neste sector. Mercê do seu envolvimento no cartel foi condenada pela respetiva autoridade da concorrência no pagamento de coimas cujo valor ultrapassou 1,5 milhões de euros.

A VDTM, associação de empresas do sector da impressão gráfica, pretendeu ter acesso aos elementos constantes do processo judicial que opôs a BWB à Donau Chemie, a fim de aferir a natureza e o montante do prejuízo, porventura, sofrido pelos seus membros, com vista a intentar a consequente ação indemnizatória.

A lei austríaca previa que o acesso à documentação de um processo de investigação de um cartel apenas poderia ser facultado na eventualidade de todos os intervenientes

---

<sup>108</sup> “Da leitura do acórdão (...) resulta que o TJUE reconhece (i) a importância dos programas de clemência enquanto “ferramentas úteis na luta...para detetar e pôr cobro às violações das regras de concorrência” (ponto 25) e (ii) o risco de a eficácia de tais programas ser posta em causa pelo elemento dissuasor que consistiria na possibilidade de comunicação a terceiros de elementos disponibilizados (ponto 26 e 27). Mas o TJUE não deixa de sublinhar que “qualquer pessoa tem o direito de reclamar reparação do prejuízo que lhe tenha sido causado por um comportamento suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência” (ponto 28) e que “as acções de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são suscetíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na União Europeia” (...). (PAIS ANTUNES, Luis Miguel, “Comentários ao artigo 81º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição Almedina, Coimbra, 2017, página 931).

<sup>109</sup> Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138090&doclang=PT>

<sup>110</sup> XAREPE SILVEIRO, Fernando, “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: Novas Valências, Novos Desafios”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III – Número 10, abril-junho / 2012.

consentirem nesse sentido, pelo que perante a pretensão da VDTM as empresas envolvidas no cartel recusaram-se a permitir o acesso ao conteúdo do processo.

O Tribunal austríaco competente (“Oberlandesgericht”) para o qual a VDTM recorreu realçou, desde logo, que mesmo na circunstância de apenas uma das partes envolvidas no processo de clemência se oponha ao acesso ao seu conteúdo, o Tribunal não pode vir a autorizar esse acesso, mais concluindo que a lei privilegiava os interesses da autoridade da concorrência em detrimento dos interesses de terceiros afetados pelas práticas anti concorrenciais. Desta forma e considerando que a lei austríaca poderia ser incompatível com o princípio da efetividade (as regras de direito nacional não devem tornar, na prática, impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária) atendendo a que o disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE produz efeitos diretos nas relações entre os particulares), uma vez que torna praticamente impossível o direito ao ressarcimento dos danos.<sup>111</sup>

O Tribunal austríaco tomou a iniciativa de submeter ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial de se pronunciar sobre se o Direito da União opõe-se a uma disposição legal nacional que condiciona o acesso aos elementos de um processo de clemência a terceiros que não são parte do processo e que com esses elementos pretendem instruir ações indemnizatórias contra membros de um cartel e que não permite a ponderação casuística dos interesses em discussão.<sup>112</sup>

O Tribunal de Justiça veio a determinar que a limitação de acesso aos documentos que integrem um processo de clemência pela legislação nacional, coloca em crise o princípio comunitário do direito à reparação pelos lesados.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> ROSSI, Leonor & SOUSA FERRO, Miguel, “O Private Enforcement do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, n.º 22, abril-junho/2015.

<sup>112</sup> “A necessidade dessa ponderação reside no facto de que, especialmente em matéria de concorrência, qualquer regra rígida, tanto no sentido de uma recusa absoluta de acesso aos documentos em causa como no de um acesso generalizado a esses documentos, é suscetível de lesar a aplicação efetiva, designadamente, do artigo 101.º TFUE e dos direitos que esta disposição confere aos particulares.” XAREPE SILVEIRO, Fernando, “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: Novas Valências, Novos Desafios”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III – Número 10, abril-junho / 2012.

<sup>113</sup> No que se refere ao teor da decisão do Tribunal de Justiça: “O Direito da União Europeia, em especial o princípio da efetividade, opõe-se a uma disposição do direito nacional por força da qual o acesso aos documentos que figuram nos autos respeitantes a um processo nacional relativo à aplicação do artigo 101.º do TFUE, incluindo os documentos comunicados no quadro de um programa de clemência, de terceiros que não são partes nesse processo e que pretendem propor ações de indemnização contra participantes num cartel está subordinado apenas ao consentimento de todas as partes no referido processo, sem que nenhuma possibilidade de ponderar os interesses em presença seja deixada aos

No mesmo sentido pronunciou-se o referido Tribunal nos Acórdãos Hydrogen Peroxide, de 15 de dezembro de 2011, EnBW Energie <sup>114</sup> e no Acórdão TGI, de 29 de junho de 2010. <sup>115</sup>

*“No plano do direito europeu, afigura-se assim indiscutível não existir qualquer “excepção automática” ao direito de acesso a documentos da Comissão no âmbito de um pedido de imunidade ou clemência.”*<sup>116</sup>

Posteriormente, a questão do acesso aos documentos por terceiros resultou devidamente clarificada no âmbito da Diretiva nº 2014/104/EU do Parlamento Europeu e do Conselho (cujo principal objetivo é assegurar a proteção efetiva a pessoa singular ou coletiva que tenha sofrido danos causados por uma violação do direito da concorrência) <sup>117</sup> devendo, desde logo, ter-se em conta o Considerando 38.º da referida Diretiva <sup>118</sup> no sentido de ter

---

*órgãos jurisdicionais nacionais.”* XAREPE SILVEIRO, Fernando, “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: Novas Valências, Novos Desafios”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III – Número 10, abril-junho / 2012.

<sup>114</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de fevereiro de 2014 (3ª Secção), disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=148392&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3909996> e Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de maio de 2015, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0352>.

<sup>115</sup> Os documentos relativos aos processos de clemência têm um regime restrito de acesso criando uma presunção geral ilidível de proteção da confidencialidade (CAUFFMAN, Caroline, “The interaction on leniency programs and actions for damages”, *The Competition Law Review*, vol. 7, n.º 2, 2011, página 189, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1941692](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941692)).

<sup>116</sup> PAIS ANTUNES, Luis Miguel, “Comentários ao artigo 81º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição Almedina, Coimbra, 2017, página 932.

<sup>117</sup> O objetivo da Diretiva e da Lei que a transpõe é o de facilitar a perseguição dos infratores (cartelistas e abusadores de posições dominantes) pelos lesados de práticas restritivas e a reparação de danos diretamente sofridos pelos consumidores e empresas que foram afetadas na sua atividade pelos cartéis ou abusos.

<sup>118</sup> “As empresas que cooperam com as autoridades da concorrência no âmbito de um programa de clemência desempenham um papel essencial na exposição de infrações secretas cometidas por cartéis e na cessação das mesmas, atenuando frequentemente, desse modo, os danos que poderiam ter sido causados se a infração continuasse. Convém, por consequência, prever que as empresas beneficiárias de dispensa de coima concedida por uma autoridade da concorrência no âmbito de um programa de clemência sejam protegidas contra uma exposição indevida a ações de indemnização, tendo em conta que a decisão da autoridade da concorrência que declara a infração se pode tornar definitiva para o beneficiário de dispensa de coima antes de se tornar definitiva para as outras empresas que não beneficiam de dispensa de coima, tornando assim o beneficiário o alvo preferencial da litigância. Convém, por conseguinte, que o beneficiário de dispensa de coima seja, em princípio, exonerado da responsabilidade solidária pela totalidade dos danos e que a sua participação relativamente aos coinfratores não exceda o montante dos danos causados aos seus próprios adquirentes diretos ou indiretos ou, no caso de um cartel de compradores, aos seus fornecedores diretos ou indiretos. Na medida em que um cartel tenha causado danos a outros que não os clientes ou os fornecedores das empresas infratoras, a participação do beneficiário de dispensa de coima não deverá exceder a sua responsabilidade relativa pelos danos causados pelo cartel. Essa parte deverá ser determinada em



por assente, por um lado, da proteção do denunciante num processo de clemência, protegendo-o da exposição excessiva a ações de indemnização e exonerando-o da responsabilidade solidária pela integralidade dos danos e que a sua comparticipação relativamente aos co infratores não exceda o montante dos danos provocados aos seus próprios adquirentes (diretos ou indiretos) ou, caso se trate de um cartel de compradores, aos seus fornecedores (diretos ou indiretos) e, por outro lado, que seja inteiramente responsável em relação aos lesados que não os seus adquirentes ou fornecedores (diretos ou indiretos) apenas se estes não obtiverem total ressarcimento junto dos demais infratores.

Nesta matéria a Diretiva acompanhou, num determinado sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça plasmado no Acórdão Pfleiderer ao prever no artigo 5.º que os Estados-Membros podem ordenar a abertura de documentos confidenciais, na sequência de uma análise casuística dos interesses em demanda. Exigindo, nesse caso, que os lesados e interessados nessa divulgação, apresentem uma justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização (artigo 5.º, n.º 1, da citada Diretiva).

Por outro lado, determina a limitação da divulgação dos elementos de prova ao que for proporcional (artigo 5.º, n.º 3, da citada Diretiva).<sup>119</sup> Desta forma, as partes têm forma de aceder à informação/documentação que seja relevante e necessário à prova dos danos,

---

*conformidade com as mesmas regras utilizadas para determinar a comparticipação dos infratores. O beneficiário de dispensa de coima deverá permanecer totalmente responsável em relação aos lesados que não os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos apenas se eles não puderem obter uma reparação integral junto dos outros infratores.” (Considerando 38 da Diretiva nº 2014/104/EU).*

<sup>119</sup> “(...) as provas produzidas em processos a correr termos nas autoridades da concorrência são protegidas de modo a que o acesso aos documentos está sujeito ao princípio da proporcionalidade e à proibição das chamadas pesquisas não específicas (prospective searches). Certas informações só podem ser divulgadas depois de terminado o processo (art. 5), sob pena de não terem nenhum valor probatório (art. 6/5). É conferida proteção absoluta a declarações nos processos de clemência e propostas de transação (art. 6/6), a quais não têm nenhum valor probatório (art. 7/1). São previstas sanções para a não divulgação e a destruição da informação solicitada pelo tribunal, bem como para a violação da confidencialidade e para o abuso de informação privilegiada.” (DIAS PEREIRA, Alexandre L., “Private Enforcement do Direito Antitrust: Novas Perspetivas sobre a Aplicação Privada do Direito da Concorrência com a Diretiva 2014/104/EU”, *Revista de Direito Comercial*, disponível em [www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com) - 2017/12/03, página 741).

sem esquecer a intervenção do tribunal enquanto limitador da divulgação do estritamente necessário, sem inviabilizar o direito dos lesados.<sup>120 121</sup>

No caso de elementos de prova constantes de processo de uma autoridade da concorrência, determina o n.º 6 do artigo 6.º que os tribunais nacionais não possam, em nenhum momento, ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação de informações atinentes a declarações de clemência e propostas de transação. Sendo certo que na circunstância de se tratar de elementos de prova obtidos, exclusivamente, através do acesso a um processo de uma autoridade da concorrência são considerados inadmissíveis numa ação de indemnização que venha a ser intentada por um lesado do cartel, nos termos do artigo 7.º da mencionada Diretiva.<sup>122</sup>

Na prática, a Diretiva cria uma “*grey and black list*” ao categorizar os elementos que nunca poderão ser divulgados pelos Estados-Membros (mais concretamente pelos respetivos tribunais nacionais) e aqueles que podem vir a ser divulgados de forma

---

<sup>120</sup> “(...) o essencial a reter do conjunto do normativo do art. 5.º é a regra que constitui o respetivo vértice piramidal: (n.º 1) os Estados-Membros asseguram que, nos processos relativos a ações de indemnização na União, e a pedido do demandante que apresentou uma justificação fundamentada (...), os tribunais nacionais possam ordenar ao demandado ou a um terceiro. (...) Salienta-se aqui (i) a proteção essencial do interesse do demandante, procurando com esta determinação ultrapassar as dificuldades na demonstração dos elementos que, à luz do direito nacional, sejam os relevantes para firmar um direito do mesmo a se indemnizado, destacando-se em relação ao direito interno português, a demonstração do facto ilícito e da culpa do agente; (ii) que essa possibilidade, que deve ser conferida aos tribunais nacionais, no exercício do poder jurisdicional relativo a ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência, comporta reservas, ou o que é o mesmo, deverá ser balizada dentro de certos parâmetros, que, no essencial, têm em conta interesses legítimos do demandado, diversos do próprio interesse patrimonial em evitar a responsabilização (art. 5.º, n.ºs 3, 4 e 5) - (ESPÍRITO SANTO NORONHA, João, “Litigância Jurídico-Privada e Direito da Concorrência - A Diretiva nº 2014/104/EU, de 26 de novembro de 2014: Divulgação de Elementos de Prova, Efeitos das Decisões Nacionais, Prazos de Prescrição e Responsabilidade Solidária”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 19, julho-Setembro/2014, página 71).

<sup>121</sup> “*Perante pedido fundamentado do Autor ou do Réu, o tribunal tem de poder ordenar à parte contrária ou a terceiro (incluindo autoridades públicas) a divulgação de elementos de prova relevantes sob o seu controlo (...). A imposição da divulgação de elementos tem como limites: o princípio da proporcionalidade (ponderando interesses legítimos em oposição, o âmbito e custos), o sigilo profissional de advogado e a garantia prévia do contraditório. As empresas não podem invocar o objetivo de evitar ações de indemnização para impedir o acesso.*” (ROSSI, Leonor & SOUSA FERRO, Miguel, “O Private Enforcement do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, n.º 22, abril-junho/2015, página 182).

<sup>122</sup> “*Estas regras visam proteger o interesse público, sobretudo ao nível da continuidade e efetividade da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas e incentivo para a utilização de mecanismos clemência e transação.*” (ROSSI, Leonor & SOUSA FERRO, Miguel, “O Private Enforcement do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, n.º 22, abril-junho/2015, página 183).

condicionada, isto é, desde que observado o princípio da proporcionalidade <sup>123</sup> e já depois de concluído o processo pela AdC. <sup>124 125</sup>

Ao elencar os documentos que nunca poderão ser divulgados, a Diretiva veio a consagrar uma posição diametralmente oposta ao entendimento perfilhado pelo Tribunal de Justiça nos Acórdãos Pfleiderer e Donau Chemie.

Já no que se refere à divulgação de elementos de prova que não se insiram nas categorias constantes dos artigos 5.º, 6.º e 7.º da Diretiva, não se verifica qualquer sustação do poder jurisdicional quanto à possibilidade de ordenar a respetiva disponibilização.

Na sequência da publicação da Diretiva 2014/104/UE e no âmbito do longo processo de transposição para o ordenamento jurídico nacional, a proposta constante do anteprojeto relativamente à questão do acesso aos documentos de um processo de clemência consta dos artigos 12º a 14º. <sup>126</sup> Grosso modo os artigos 12.º, 13.º e 14.º correspondem, respetivamente, ao teor dos artigos 5.º, 6.º e 7.º da Diretiva.

A Diretiva 2014/104/EU foi, finalmente, transposta através da Lei nº 23/2018, de 5 de junho - com entrada a 4 de agosto de 2018 - pese embora o prazo limite para os Estados-Membros transporem para os respetivos ordenamentos jurídicos tenha sido o dia 27 de dezembro de 2016.

Do conteúdo da mencionada Lei destacamos os seguintes pontos:

- Destina-se a regular os pedidos de indemnização por infração ao direito da concorrência, sendo aplicável independentemente de a infração ao direito da concorrência que fundamenta o pedido de indemnização tenha já sido declarada por alguma autoridade de

---

<sup>123</sup> BOGDAN, Matt, Private Enforcement of EU Competition Law: Worth the risk?, disponível em <http://www.keepcalmtalklaw.co.uk/private-enforcement-of-eu-competition-law-worth-the-risk/>

<sup>124</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & LOUREIRO, Flávia, “Comentários ao artigo 70º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, página 847.

<sup>125</sup> “Elementos “cinzentos” – acesso possível apenas após conclusão administrativa do processo, não podendo ser usados em ações de private enforcement antes disso: Informação preparada especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência; Informação elaborada por uma autoridade da concorrência e enviada às partes no decurso do seu processo; e Propostas de transação revogadas. Elementos “negros” – acesso sempre proibido (permitindo apenas ao tribunal para controlar a qualificação) e nunca podem ser usados em ações de private enforcement: Declarações de clemência; e Propostas de transação (não revogadas).” (ROSSI, Leonor & SOUSA FERRO, Miguel, “O Private Enforcement do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, n.º 22, abril-junho/2015, página 185).

<sup>126</sup> A última proposta de transposição da Diretiva 2014/104/EU, na sequência de discussão pública, foi divulgada pela Autoridade da Concorrência a 22 de junho de 2016.

concorrência ou tribunal (nacional ou de qualquer Estado-Membro), pela Comissão ou pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (artigo 1º); <sup>127</sup>

- Incorre em responsabilidade civil a empresa ou associação de empresas que cometer uma infração ao direito da concorrência ficando obrigada a indemnizar integralmente os lesados pelos danos resultantes da sua conduta (artigo 3º);
- Haverá responsabilidade solidária se a infração resultar de um comportamento conjunto de duas ou mais empresas, salvo o regime previsto para as pequenas e médias empresas (artigo 5º);
- A declaração pela AdC através de decisão definitiva ou por um tribunal de recurso mediante decisão transitada em julgado constitui uma presunção inilidível da existência, natureza e âmbito material, subjetivo, temporal e territorial dessa infração para efeitos de ação de indemnização relativa aos danos por esta causados (artigo 7º);
- No que se refere ao acesso aos meios de prova, o tribunal pode a pedido de qualquer parte na ação, ordenar à outra parte ou a terceiro, incluindo entidades públicas, a apresentação de meios de prova que se encontrem em seu poder, com as limitações constantes no Capítulo II da mencionada lei. Sendo certo que o pedido tem de ser fundamentado com factos e meios de prova razoavelmente disponíveis e suficientes para corroborar a plausibilidade do pedido de indemnização ou da defesa, mais indicando os factos que pretende provar. O pedido deverá, ainda, identificar de forma tão precisa e estrita quanto possível os meios de prova com base nos factos que o fundamentam. O tribunal deverá, sempre, orientar-se pelo princípio da proporcionalidade quer atendendo ao pedido e aos meios de prova solicitados, ponderando os interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados (artigo 12º);
- O acesso a meios de prova constantes de um processo de uma autoridade da concorrência apenas poderá ser ordenado pelo tribunal observando-se, desde logo, o princípio da proporcionalidade e caso nenhuma parte ou terceiro possa fornecê-los de modo razoável. A apresentação de documentos especificamente preparados por pessoa singular ou coletiva para um processo de uma autoridade da concorrência, de documentos elaborados por uma dessas autoridades e enviados às partes no decurso do processo, bem como as propostas de transação revogadas apenas poderão ser facultadas após a conclusão

---

<sup>127</sup> Esta lei aplica-se materialmente quer às ações de indemnização por violação de normas dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (e não de outras violações de normas de concorrência da UE), quer às dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC, independentemente de a prática restritiva ter violado normas de ambos ou de um só dos ordenamentos jurídicos ou mesmo que apenas o da União Europeia.

do processo. Estando aqui perante a identificação de uma lista cinzenta de documentos. No que se refere às declarações prestadas para efeitos de isenção ou redução da coima e propostas de transação, o tribunal nunca poderá ordenar que sejam facultados, assumindo-se como a lista negra de documentos não reveláveis (artigo 14º);

- Não são admissíveis como meios de prova em ações de indemnização por infração ao direito da concorrência, as declarações prestadas para efeitos de isenção ou redução da coima e as propostas de transação obtidas exclusivamente através do acesso a um processo de uma autoridade da concorrência (artigo 16º).

Evidencia-se que o teor dos artigos 12º, 14 e 16º da Lei nº 23/2018, de 5 de junho corresponde, respetivamente, aos artigos 5.º, 6.º e 7.º da Diretiva 2014/104/EU, não revelando alterações significativas quanto ao seu conteúdo.

A transposição da Diretiva deverá a médio, longo, prazo incrementar o número de ações de *private enforcement*, mediante o reforço de ações por responsabilidade civil, bem como ações de enriquecimento sem causa.<sup>128</sup>

Por último, a Lei nº 23/2018, de 5 de junho, veio alterar o teor do artigo 81.º do NRJC, sob a epígrafe “*Documentação Confidencial*” no sentido de que a AdC classifica como confidencial o pedido de dispensa ou de redução da coima, bem como todos os documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da pena, carecendo o acesso por terceiros de autorização do requerente, sem prejuízo do já supra exposto relativamente à lista cinzenta e lista negra de documentos. Ao fazer depender o acesso da autorização do requerente/colaborante no processo de clemência, o legislador acabou por privilegiar, de certa forma, a proteção da informação fornecida e respetivo denunciante, em detrimento dos interesses de terceiros no respetivo acesso.

---

<sup>128</sup> “Uma análise panorâmica da disciplina estabelecida pela Diretiva 2104/104 em comparação com o quadro jurídico existente mostra que a sua transposição introduzirá algumas alterações, ou pelo menos, desenvolvimentos, no direito das obrigações no domínio da responsabilidade civil e, por arrastamento, do enriquecimento sem causa. (...) um prazo de prescrição de 5 anos e uma presunção legal de que as infrações antitrust causam danos facilitará a vida aos lesados. Em especial, a presunção de danos inverte o ónus da prova a favor destes últimos.” (DIAS PEREIRA, Alexandre L., “Private Enforcement do Direito Antitrust: Novas Perspetivas sobre a Aplicação Privada do Direito da Concorrência com a Diretiva 2014/104/EU”, Revista de Direito Comercial, disponível em [www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com) - 2017/12/03, página 745).

### 3 - BALANÇO DO REGIME DA CLEMÊNCIA

Os cartéis são a prática anti concorrencial mais gravosa e mais nociva atendendo a que afetam não apenas os concorrentes, como os próprios consumidores, ao colocarem no mercado um produto por um preço muito mais elevado do que aquele que deveria ser suportado pelos seus adquirentes visando, exclusivamente, a maximização e a partilha dos lucros obtidos pelos seus participantes.

A intenção das empresas que integram os cartéis é necessariamente o conluio, entre si, com vista a prejudicar os demais concorrentes e os consumidores finais que ficam condicionados na aquisição de bens convencidos de que não poderiam adquiri-los por valor inferior e que o preço fixado resultou do normal mecanismo de funcionamento do mercado. O alinhamento e a coordenação de comportamentos entre as empresas participantes pretendem, igualmente, assegurar o controlo e a vigilância recíprocos das ações dos seus intervenientes garantindo a estabilidade do funcionamento do cartel.

A existência de cartéis deturpa o regular funcionamento do mercado e da concorrência uma vez que permite aos seus membros obter uma posição económica que de outra forma não conseguiriam prejudicando, desta forma, a eficiência dos mercados.<sup>129</sup> O carácter secreto e os lucros significativos e apetecíveis que podem aproveitar aos seus membros, tornam ainda mais aliciante a criação dos mesmos.

Uma das formas de combate a estas e outras práticas restritivas da concorrência passará, seguramente, pela aplicação de sanções às empresas envolvidas, evidenciando-se o valor das coimas como fator dissuasor da prossecução destes comportamentos. Contudo, bem sabemos e conforme determina o n.º 2 do artigo 69º do NRJC, o valor máximo da coima aplicável pela contraordenação relativa à violação do estatuído no artigo 101.º do TFUE - no qual se integram os cartéis - nunca poderá ser superior a *“10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de*

---

<sup>129</sup> “A cartel is the denial of the competitive process with its members eliminating by collusion the competitive pressure and mutual rivalry, and “knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition”, and under an appearance of markets players diversity they secretly act obeying to one sole secret strategy. (...) The negative impact of a cartel in differentiation is also quite relevant, as the elimination of competitive pressure reduces the need e.g. for product, price, quality or innovation differentiation.” (CASTRO MARQUES, Nuno, “A Different Path to the Same Old Question: Why Should Cartels Be Criminalised?”, *Market and Competition Law Review*, vol, I, nº 2, October 2017, Universidade Católica Editora Porto, página 163).

*associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.”* Mais determinando no nº 4 do mesmo preceito legal, relativamente às pessoas singulares envolvidas, que o valor da coima não poderá “*exceder 10 % da respetiva remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções na empresa infratora, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida.*”<sup>130</sup> Para que possa resultar compensador o recurso à clemência tem de verificar-se, necessariamente, um nível de valores de coimas aplicáveis superior ao benefício resultante da atividade proibida, pelo que fica uma mera reflexão sobre se a revisão e diminuição deste limite de 10% poderá, ou não, configurar um contributo para o combate destes acordos horizontais, sem prejuízo do recurso ao regime de clemência.

Por outro lado, e noutros ordenamentos jurídicos, que não o ordenamento jurídico português, está prevista a criminalização destes atos, nomeadamente com a previsão de aplicação de pena de prisão aos membros do cartel.

Nos EUA<sup>131</sup> a atividade dos cartéis *hardcore*, tal como a fixação de preços e a repartição de mercados, é considerada como um crime. Nestes casos, quer as empresas, quer os seus responsáveis, arriscam-se a que lhes sejam aplicadas coimas até ao montante máximo de dez milhões de dólares, ou o dobro do valor correspondente aos ganhos do cartel ou, ainda o dobro do valor correspondente ao prejuízo dos lesados. Para além da aplicação destas coimas, as pessoas singulares que estejam envolvidas no cartel sujeitam-se à pena de prisão até 3 anos, ao pagamento de coima até ao valor máximo de trezentos e cinquenta mil dólares, ou o dobro do valor correspondente aos ganhos do cartel ou, ainda o dobro do valor correspondente ao prejuízo dos lesados. Preconiza-se o entendimento de que não há melhor fator dissuasor da atividade cartelista do que a possível privação de liberdade dos membros que a praticam, considerando-se que a aplicação de uma coima,

---

<sup>130</sup> No nº 1 do artigo 15.º da Diretiva nº 2019/1, de 11 de dezembro de 2018, prevê-se que a percentagem de 10% se refira ao volume de negócios global, ao passo que no NRJC a mencionada percentagem refere-se ao volume de negócios apenas em Portugal.

<sup>131</sup> “(...) um dos problemas mais graves que o sistema norte-americano da concorrência enfrenta hoje é o da internacionalização das empresas e das consequentes dificuldades erigidas ao efetivo cumprimento das regras concorrenciais, especificamente das normas anticartel.” (LOUREIRO, Flávia Novera, *Direito Penal da Concorrência, A Tutela da Liberdade Concorrencial e a Criminalização do Cartel*, Almedina, Coimbra, 2017, página 201).

independentemente do seu valor, tem um menor impacto na sociedade e não logra impedir que muitos prossigam ou iniciem a atividade cartelista.<sup>132 133 134</sup>

Em 2002 veio o Reino Unido criminalizar a atividade dos cartéis, por via do “Enterprise Act 2002”.<sup>135</sup> Tratou-se de um ato do Parlamento inglês que introduziu as alterações mais significativas no que se refere à legislação da concorrência, tornando ilegal a atividade dos cartéis e prevendo a aplicação de penas de prisão máximas de cinco anos aos respetivos participantes.<sup>136</sup>

Exemplo de ordenamentos jurídicos nos quais se prevê a criminalização são, ainda, a Austrália, a Grécia e o Canadá.

Existem argumentos favoráveis à criminalização destas condutas,<sup>137</sup> como seja a do impacto extremamente negativo dos cartéis na economia, o impacto pouco acentuado da aplicação de coimas enquanto fator dissuasor destas práticas, a proteção dos

---

<sup>132</sup> Disponível em <https://www.justice.gov/atr/speech/fighting-cartels-why-and-how-lessons-common-detecting-and-detering-cartel-activity>

<sup>133</sup> “*Building A Strong Enforcement Record. Of course, if firms perceive the risk of being caught by antitrust authorities as very small, then stiff maximum penalties will not be sufficient to deter cartel activity. Likewise, if cartel members do not fear detection, they will not be inclined to report their wrongdoing to authorities in exchange for leniency. Therefore, antitrust authorities must cultivate a law enforcement environment in which business executives perceive a significant risk of detection by antitrust authorities if they either enter into, or continue to engage in, cartel activity.*”, (HAMMOND, Scott D., Director of Criminal Enforcement Antitrust Division, disponível em <https://www.justice.gov/atr/speech/detecting-and-detering-cartel-activity-through-effective-leniency-program>).

<sup>134</sup> “*Although a condition of leniency in the US is making payment of restitution to those harmed by the applicant’s conduct the successful applicant is better off: they avoid criminal penalties (not only the firm’s activities, individual members of the firm also benefit from immunity), they pay only single damages, and they are not responsible for the harm their fellow cartelists occasioned if damages cannot be recovered from the others.*” (WARDHAUGH, Bruce, Cartel Leniency and Effective Compensation in Europe: The Aftermath of Pfleiderer, School of Law, Queen’s University Belfast, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2330243](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2330243)).

<sup>135</sup> Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>

<sup>136</sup> “*Cartel criminalisation was introduced by the Enterprise Act de 2002, establishing in paragraph 188(1) the “cartel offense “ as an individual [is] guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings [...]*”, with paragraph 188(2) listing the arrangements in which the cartel offence would be applicable, including bid rigging. The cartel offence was thus centred in the “dishonesty” element.” (CASTRO MARQUES, Nuno, “A Different Path to the Same Old Question: Why Should Cartels Be Criminalised?”, *Market and Competition Law Review*, vol, I, nº 2, October 2017, Universidade Católica Editora Porto, página166).

<sup>137</sup> Sobre a criminalização dos cartéis, vide CASTRO MARQUES, Nuno, “A Different Path to the Same Old Question: Why Should Cartels Be Criminalised?”, *Market and Competition Law Review*, vol, I, nº 2, October 2017, Universidade Católica Editora Porto.



consumidores, mas também a intenção de condenação de uma conduta imoral e contrária,<sup>138</sup> comparando estas situações às da prática de “*crime de colarinho branco*”.

Releva, ainda, como argumento para a criminalização destas práticas o fato de os cartéis assumirem formas cada vez mais sofisticadas e com meios de funcionamento que garantem o seu secretismo resultando, por isso, insuficiente a resposta do direito administrativo no combate aos mesmos, na medida em que as entidades administrativas não são dotadas de poderes mais invasivos e mais eficazes. “*Ao longo dos últimos anos (...) os participantes nestas práticas restritivas da concorrência têm a consciência da ilegalidade da sua conduta e, ainda assim, persistem na atuação, desafiando diretamente a lei e os seus aplicadores. Uma tal atitude de indiferença ou mesmo de voluntária e expressa contraditoriedade com a lei, aliada a atos materiais de dissimulação dos acordos, decisões e práticas concertadas em causa, fez surgir, entre este corpo de especialistas, um discurso de matriz criminalizadora.*”<sup>139</sup>

Neste sentido o bem jurídico a merecer a tutela penal seria a liberdade de concorrência<sup>140</sup> verificando-se a existência de dois tipos de ilícito no estatuído no artigo 9º do NRJC e artigo 101.º do TFUE<sup>141</sup>:

- práticas restritivas que têm por objeto a restrição sensível da concorrência, situações em que se considera que se encontra preenchido o tipo legal se num juízo *ex ante* demonstrar que o fato era concretamente idóneo a colocar em causa o bem jurídico em necessidade

---

<sup>138</sup> “There is little risk that firms will be chilled from engaging in the appropriate amount of price-fixing, since price-fixing has no social value. MacCulloch also follows this line of argumentation and brings in addition the intrinsic feature of cartels that can substantially reinforce its difference towards other competition infringements, i. e. the major “wrongdoing” in cartels can be found in the elements of “cheating” and subversion (“subvert competition”, “subvert a competitive market” or “subvert the competitive process”).” (CASTRO MARQUES, Nuno, “A Different Path to the Same Old Question: Why Should Cartels Be Criminalised?”, *Market and Competition Law Review*, vol, I, nº 2, October 2017, Universidade Católica Editora Porto, página 152).

<sup>139</sup> LOUREIRO, Flávia Novera, *Direito Penal da Concorrência, A Tutela da Liberdade Concorrencial e a Criminalização do Cartel*, Almedina, Coimbra, 2017, página 201.

<sup>140</sup> “A liberdade de concorrência parece configurar, pois, um verdadeiro bem jurídico supra-individual coletivo, pois que destinado a proteger, de modo direto e imediato, o próprio mecanismo concorrencial e o seu funcionamento, na exata medida em que este corresponde a um interesse da comunidade. O interesse em assegurar não apenas um determinado modelo económico (...) mas, sobretudo, os fins de ordem política que se pretendem atingir através desse modelo, mormente o da possibilidade de desenvolvimento de uma importantíssima faceta da liberdade individual: a liberdade económica.” (LOUREIRO, Flávia Novera, *Direito Penal da Concorrência, A Tutela da Liberdade Concorrencial e a Criminalização do Cartel*, Almedina, Coimbra, 2017, página 251).

<sup>141</sup> LOUREIRO, Flávia Novera, *Direito Penal da Concorrência, A Tutela da Liberdade Concorrencial e a Criminalização do Cartel*, Almedina, Coimbra, 2017, páginas 291 a 293 e 305 a 306).

de comprovar em análise *ex post* que a perigosidade da conduta se consumou na criação de um perigo concreto – estar-se-ia neste caso perante um crime de perigo;

- práticas restritivas que têm como efeito uma tal limitação e nesse caso só estará preenchido o tipo legal quando se verifique a efetiva lesão da concorrência, isto é, que o agente lesione o bem jurídico liberdade de concorrência – estar-se-ia neste caso perante um crime de dano.

Criminalizando-se estas práticas os intervenientes poderão, desta forma, ser mais motivados a recorrer à clemência e, em seguida, a colaborar atendendo à gravidade da possível perda de liberdade.

Perante a nocividade destas práticas anti competitivas e porque o poder investigatório das entidades administrativas como as autoridades da concorrência, para além de implicar custos significativos, está condicionado à dificuldade de deteção e de prova da existência de um cartel, decorrente do seu carácter secreto, surge o regime da clemência como forma de motivar o(s) participante(s) de um cartel a denunciá-lo.<sup>142</sup> Como moeda de troca pela denúncia, de prestação de informações e, ainda, de disponibilização de documentação, as empresas poderão beneficiar da isenção ou da redução da coima aplicável, nos termos já supra explanados neste trabalho, sendo incentivadas a cessar a sua atividade anti concorrencial e a denunciar a prática proibida.

Refira-se, aliás, que a principal fonte de informação de deteção e combate aos cartéis pelas autoridades da concorrência é, precisamente, através do recurso ao regime da clemência por parte da(s) empresa(s) deladoras e da consequente partilha de informação junto das autoridades da concorrência.

Poder-se-á considerar que o regime da clemência assemelha-se à designada delação premiada. A delação premiada assume-se como uma técnica de investigação que consiste na concessão de benefícios legais a quem confessar e colaborar com as autoridades

---

<sup>142</sup> “As for EU competition law, the leniency regime and the settlement procedure apply exclusively to cartel cases and are justified by the consideration that “Cartels are [...] among the most serious violations of Article [101], and also the private enforcement directive recently brought the innovation of establishing a *iuris tantum* presumption that “cartels infringements cause harm.” (CASTRO MARQUES, Nuno, “A Different Path to the Same Old Question: Why Should Cartels Be Criminalised?”, *Market and Competition Law Review*, vol, I, nº 2, October 2017, Universidade Católica Editora Porto, página 144).

fornecendo todas as informações de que tenha conhecimento relativas a uma determinada prática ou conduta proibida.<sup>143</sup>

A possibilidade de recurso à delação como forma de obtenção de informação - que de outra forma poderia ser muito dispendiosa e/ou mesmo de impossível acesso pelas autoridades públicas - levanta a questão relativa à moral da mesma. Isto é, não será moralmente questionável premiar quem prevarica, quem incumpre e que ainda denuncia os demais intervenientes?<sup>144</sup> Pelo menos social e moralmente é legítimo que questionemos este mecanismo. Contudo se atendermos a que se trata de um meio para alcançar um fim maior, no caso em concreto, protege-se o infrator em nome da proteção de um bem jurídico superior e comum como seja o bem-estar e a proteção dos consumidores, conclui-se que este mecanismo jurídico revela-se aceitável e eficaz.<sup>145 146</sup>

---

<sup>143</sup> No ordenamento jurídico brasileiro corresponde à possibilidade de numa ação penal ao arguido que aceite colaborar na investigação criminal e denunciar os coautores e/ou cúmplices ser concedido um benefício legal que poderá corresponder a uma redução de pena. Este benefício encontra-se previsto em diversos diplomas brasileiros, como seja o Código Penal brasileiro (Lei nº 8.072/90), lei relativa a crimes hediondos e equiparados (Lei nº 12.850/2013), organizações criminosas (Lei nº 7.492/86), crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 8.137/90), crimes contra a ordem tributária, económica e contra as relações de consumo (Lei nº 9.613/98), branqueamento de capitais (Lei nº 9.807/99), proteção de testemunhas (Lei nº 12.529/2011), infrações contra a ordem económica (Lei nº 11.343/06). No fundo assume-se como uma troca de favores que mediante a prestação de informações importantes pelo arguido a sua pena pode ser reduzida entre 1/3 e 2/3.

<sup>144</sup> “Naturalmente, o instrumento em causa pode considerar-se discutível, ao menos na sua dimensão ética, pois que, além de se estar a beneficiar o infrator que delata participantes (...), pode mesmo acabar por se isentar ou dispensar de sanção (de coima) aquele que foi porventura o agente motivador da prática concertada, tendo concebido o acordo e persuadido os concorrentes a dele fazerem parte apenas porque ele é o primeiro a fornecer as informações e elementos de prova necessários para a atuação da AdC, nos termos do artigo 77.º.” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & LOUREIRO, Flávia, “Comentários ao artigo 70º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, página 844).

<sup>145</sup> “Assim podem suscitar-se considerações de índole moral desde logo porque aqueles programas consubstanciam um “incentivo à delação” o que, em geral é uma conduta socialmente reprovável. No entanto, por se tratar de práticas ilícitas tal significa que se procura tutelar um bem jurídico como maior valor do que o desvalor eventualmente associado à conduta delatora, a saber: o bem-estar dos consumidores. Também sob o prisma da justiça distributiva algumas reservas podem ser formuladas pois afinal está a beneficiar-se o infrator, ou seja, um agente que, tendo lucrado com a existência do cartel, não é objeto de punição. Por outro lado, pode argumentar-se que se introduz um tratamento diferenciado entre aqueles que praticam a mesma infração, porquanto uns beneficiam da clemência e os outros, participantes do mesmo cartel, são punidos.” (FREIRE, Paula Vaz, “Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência”, Colóquio de Direito Luso-Brasileiro - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 12 a 16 de maio de 2014, *RJLB*, Ano I (2015), página 194).

<sup>146</sup> “O instituto da ‘Delação Premiada’ ganhou contornos relevantes a partir da operação denominada “Lava Jato”, realizada pela Polícia Federal iniciada em 17/03/2014 (dezassete de março de 2014) perante a Justiça Federal em Curitiba, Estado do Paraná, deflagrada com o intento de investigar esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro. Denomina-se ‘Delação Premiada’ os acordos realizados pelo poder judiciário com réus que colaboram com a investigação criminal, delatando seus comparsas, e em virtude disso, poderá o réu delator obter uma causa obrigatória de redução de

Outra questão relativa ao regime da clemência prende-se com o já supra explanado dilema do prisioneiro que consiste na dificuldade de opção das empresas integrantes do cartel entre prosseguir a atividade anticompetitiva, correndo o risco de vir a ser condenadas no pagamento de coima ou, pelo contrário, se devem optar pela denúncia do cartel junto das autoridades habilitadas, a fim de obterem imunidade. A aplicação do dilema do prisioneiro ao regime da clemência pretende, na prática, colocar as empresas numa situação em que todos vão agir individualmente e prosseguir interesses próprios, de forma egoísta e caso colaborassem o resultado seria muito mais benéfico para todos. Pretende-se, desta forma, enfraquecer a estrutura organizacional do cartel.

Uma das fragilidades que pode ser apontada ao regime da clemência, conforme anteriormente exposto, é a relação com o *private enforcement*, atendendo a que a empresa delatora fica exposta com a decisão pública e, consequentemente, sujeita e que um lesado pela prática cartelista venha intentar uma ação visando o ressarcimento dos danos sofridos. A Lei nº 23/2018, de 5 de junho, que transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva nº 2014/104/EU, veio determinar a responsabilidade solidária da empresa beneficiária de dispensa de coima nos seguintes termos: esta apenas responde perante os seus próprios clientes ou fornecedores, diretos ou indiretos e perante quaisquer outros lesados, se estes não puderem obter das outras empresas infratoras a reparação integral dos danos sofridos. Contudo e pese embora esta salvaguarda, a verdade é que a empresa delatora não deixa de ficar sujeita a ações de *private enforcement*, situação que contribui para a resistência do recurso à clemência. Face a esta dificuldade e como forma de minimizar os riscos inerentes do regime da clemência, considera Fernando Xarepe Silveiro<sup>147</sup> que se torna paradoxal falar em atratividade de programas de clemência se revelam depois as informações recolhidas, expondo os cooperantes a ações de indemnização. Mais considerando como defensável proteger o denunciante/colaborante do pagamento de qualquer indemnização, a menos que o(s) lesado(s) não consiga(m) ressarcir-se junto dos demais membros do cartel. O argumento para este entendimento reside na circunstância de que o valor máximo de bónus que a empresa delatora consegue

---

*pena ou em alguns casos sua total isenção. (...) O surgimento da delação repousa nos Estados Unidos no decorrer das investigações contra a Máfia, a Casa Nostra e outras organizações criminosas (...)* disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18225&revista\\_caderno=22](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18225&revista_caderno=22)

<sup>147</sup> XAREPE SILVEIRO, Fernando, “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: Novas Valências, Novos Desafios”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III – Número 10, abril-junho / 2012.

obter corresponde a 10% do volume de negócios de apenas um ano, ao passo que permitindo-se que a empresa infratora beneficiária do regime da clemência pague uma indemnização por danos vá suportar um valor muito superior a esse bónus. Porventura a adoção desta posição acabaria por beneficiar o agente infrator que acaba por apropriar-se dos benefícios resultantes da maximização de lucros em clara violação da lei.

São diversos os entendimentos relativamente à eficácia dos regimes de clemência, autores como AUBERT, Cecile <sup>148</sup> defendem a atribuição de um bónus, isto é, de uma quantia monetárias à(s) empresa(s) que pretenda(m) colaborar e recorrer aos regimes de clemência, ao invés de beneficiarem da redução de coima nos termos que decorrem quer o regime comunitário (Comunicação da Comissão nº 2006/C 298/11), quer do regime nacional (NRJC), com vista à melhoria do funcionamento deste regime.

Por seu turno, SPAGNOLO <sup>149</sup> <sup>150</sup> defende a atribuição da recompensa à primeira empresa que denunciar e colaborar na investigação, cujo valor corresponderia ao valor obtido com a aplicação das coimas aos demais membros.

POLO e MOTTA defendem, por sua vez, que caso as entidades responsáveis pela investigação dos cartéis dispusessem de recursos suficientes para esse efeito, nem sequer necessitariam de recorrer ao regime da clemência. O programa de clemência apenas operaria no auxílio de obtenção de informações e prova nas situações em que fosse necessário minimizando, desta forma, os custos decorrentes da ação investigatória. Mais

---

<sup>148</sup> “Giving whistle-blowers a monetary reward could provide powerful incentives to denounce a cartel; in addition, allowing individuals to become potential whistle-blowers would discourage firms from participating in cartels or force them to take costly measures (e.g., limiting the dissemination of information, compensating insiders to secure their fidelity, and so forth) that would contribute to make cartel agreements less attractive.” (AUBERT, Cecile e Outros, “The Impact of Leniency Programs on Cartels”, 18th november 2003, página 6, disponível em [https://www.researchgate.net/profile/Cecile\\_Aubert/publication/228593068\\_The\\_impact\\_of\\_leniency\\_programs\\_on\\_cartels/links/0fcfd5139295664150000000.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Cecile_Aubert/publication/228593068_The_impact_of_leniency_programs_on_cartels/links/0fcfd5139295664150000000.pdf)).

<sup>149</sup> “Spagnolo shows that the antitrust authority should not fine firms that deviate from a cartel agreement, should reward only the first party that reports, and should offer a positive reward equal to the sum of the fines paid by the convicted firms (assuming that the competition authority is budget constrained so that it cannot offer larger rewards). Provided that the maximum fine is high enough, such a reward policy can implement the first-best outcome: full deterrence at no cost. Even if the antitrust authority cannot offer positive rewards, reduced fines for reporting firms can be useful by decreasing the cost of deviating from the cartel agreement. Last, Spagnolo shows that reduced fines always increase the riskiness of an agreement” (AUBERT, Cecile e Outros, “The Impact of Leniency Programs on Cartels”, 18th november 2003, página 6), disponível em [https://www.researchgate.net/profile/Cecile\\_Aubert/publication/228593068\\_The\\_impact\\_of\\_leniency\\_programs\\_on\\_cartels/links/0fcfd5139295664150000000.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Cecile_Aubert/publication/228593068_The_impact_of_leniency_programs_on_cartels/links/0fcfd5139295664150000000.pdf)).

<sup>150</sup> Sobre a recompensa aos delatores vide BUCCIROSSI, Paolo e Outros, “The Whistle-blowers Rewards, False Reports and Corporate Fraud”, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2993776](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2993776).

consideram que o programa de clemência pode ter dois efeitos contrários:<sup>151</sup> um efeito positivo atendendo ao papel de incentivo que desempenha junto das empresas a fim de que colaborem e cessem a atividade anti competitiva e, por outro lado, o efeito perverso de poderem beneficiar da atividade cartelista durante um determinado período de tempo e após o recurso ao programa apenas ficarem sujeitas ao pagamento de coimas reduzidas.

Mais recentemente e coadjuvando, num determinado sentido, o combate às práticas anti concorrenciais como os cartéis, foi aprovada pelo Parlamento Europeu, no passado dia 16 de abril de 2019, a Diretiva referente à proteção das pessoas que denunciam infrações relativas ao direito da União, nomeadamente em matérias constantes dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (The Whistle-blowers)<sup>152 153</sup>. Com vista ao reforço da efetiva e coerciva aplicação do direito da concorrência da União, são conferidos determinados direitos dos denunciantes – pese embora não sejam os responsáveis pelo ilícito mas tenham conhecimento do mesmo por serem funcionários de empresas infratoras - como sejam a preservação do anonimato, a proteção contra a litigância que possa resultar da violação de contrato que obrigue à confidencialidade prevista, nomeadamente, em contrato de trabalho ou contrato de prestação de serviços.

---

<sup>151</sup> “The positive effect is that it might lead firms to desist from colluding. If it convinces firms to reveal information whenever an investigation is opened, society will benefit not only because of a (temporary) cessation of collusive pricing, but also because the Authority’s resources are saved (information received by firms brings about the punishment with certainty and allows to avoid the costly prosecution stage of investigation. But the Leniency Program might also give rise to a perverse effect. Since it allows colluding firms to pay reduced fines, it may have ex ante a pro-collusive effect, given that it decreases the expected cost of anticompetitive behaviour.” (POLO, Michele & Massimo Motta, Massimo e Outro, Leniency Programs and Cartel Prosecution, May, 10, 1999, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=165688](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=165688)).

<sup>152</sup> Texto aprovado disponível em [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0398-AM-155-155\\_PT.pdf?redirect](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0398-AM-155-155_PT.pdf?redirect)

<sup>153</sup> “Considerando 17 - Especificamente, a proteção dos denunciantes para reforçar a aplicação do direito da concorrência da União, incluindo os auxílios estatais, serviria para salvaguardar o funcionamento eficiente dos mercados na União, permitiria a existência de condições equitativas para as empresas e traria benefícios aos consumidores. A importância das denúncias internas para a deteção de infrações às normas do direito da concorrência aplicáveis às empresas foi já reconhecida através da política de clemência da UE, assim como pela recente introdução, pela Comissão Europeia, de um novo instrumento de denúncia anónima. As infrações relacionadas com a concorrência e com os auxílios estatais dizem respeito aos artigos 101.º, 102.º, 106.º, 107.º e 108.º do TFUE e às regras de direito derivado adotadas para a sua aplicação.” [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0398-AM-155-155\\_PT.pdf?redirect](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0398-AM-155-155_PT.pdf?redirect)

#### 4. CONCLUSÕES

A deteção e o combate às práticas anticompetitivas horizontais, como sejam os cartéis, assume-se como uma das prioridades das políticas de defesa da concorrência.

Os cartéis consistem em acordos e/ou práticas concertadas entre dois ou mais concorrentes que têm como objetivo coordenar o seu comportamento no mercado como seja na fixação de preços de aquisição ou de venda, na repartição de quotas de produção ou de quotas de distribuição ou, ainda, na apresentação de licitações alinhadas.

A atividade perniciosa dos cartéis afeta o bom e regular funcionamento do mercado, permitindo que os seus agentes se coloquem numa posição económica que não lograriam atingir caso aquele funcionasse sem qualquer distorção.

Envoltos em secretismo e com um funcionamento organizacional de controlo mútuo dos seus participantes, a maior parte dos cartéis não é sequer detetada pelas autoridades da concorrência.

Para as entidades responsáveis pelo combate dos cartéis as maiores dificuldades são, precisamente, os custos e a morosidade inerentes à atividade investigatória, mercê do secretismo que envolve este tipo de práticas anticompetitivas. Nesse sentido e na vertente do exercício do *public enforcement*, pelas autoridades competentes, o programa da clemência surge como uma boa solução na deteção e desmantelamento dos cartéis não apenas devido à dificuldade na sua identificação, mas também como forma de poupança de meios e recursos públicos.

Para tanto, o mecanismo jurídico da clemência como principal fonte de deteção dos cartéis deverá assumir-se como uma solução aliciante para os praticantes destas ações proibidas, a fim de que cesse a atividade do cartel e sejam reduzidos os custos investigatórios e se verifique a condenação destas organizações mediante o recurso à cooperação com os denunciadores.

Presentemente e analisado o programa de clemência conclui-se que constituem, naturalmente, um incentivo do recurso a este regime a isenção do pagamento de coima pela primeira empresa que venha a denunciar o cartel e forneça à AdC informações e meios de prova suficientes dos quais esta não disponha, bem como a possibilidade de

redução do montante das coimas aplicáveis às demais empresas que colaborem, nos termos definidos na lei, bem como a diversificação das formas de denúncia. O recurso à clemência permite, ainda, que seja reunido um acervo de elementos de prova que torna mais rápido o processo investigatório e, conseqüentemente, o desmantelamento dos cartéis.

A existência do programa de clemência que determina de forma clara e transparente as regras relativas à respetiva concessão contribui para a certeza jurídica incentivando, desta forma, a delação.

A atividade privada destinada ao ressarcimento dos danos resultantes do funcionamento de um cartel - *private enforcement* - complementa a prossecução do combate aos cartéis, sendo certo que haverá que encontrar um equilíbrio entre os dois institutos sob pena do desvirtuamento recíproco de ambos. Uma das formas de proteção dos denunciantes é o elenco de documentação que não poderá ser facultada a terceiros que pretendam ressarcir-se dos danos resultantes do funcionamento do cartel.

Na verdade, sempre terá de resultar mais benéfico para o interessado denunciar o cartel com a conseqüente isenção ou redução de pagamento de coima, do que a prossecução da atividade cartelista.

Contudo cremos que a maior fragilidade quanto à eficácia do regime da clemência é a percentagem e o valor das coimas aplicadas aos intervenientes, tomando em consideração que os montantes condenatórios ficam muito aquém dos lucros obtidos com a atividade anti concorrencial, pelo que não se obtém o pretendido efeito dissuasor.

Nesse sentido defendemos, por um lado, o aumento da percentagem do volume de negócios que se cifra presentemente em 10% e que este se refira ao volume de negócios global (tal como previsto na Diretiva nº 2019/1, de 11 de dezembro de 2018) e não apenas ao volume de negócios realizado em Portugal (tal como previsto no NRJC) e, por outro, a evolução para uma cultura de condenação destas atividades em percentagem superior a 5% do volume de negócios<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, página 455.



Verifica-se, ainda, uma certa ausência de cultura de clemência quer nos operadores económicos, quer na população em geral que com o decorrer dos anos tenderá a esbater-se quanto mais difundida for a política de clemência.

Contudo e com vista à promoção de uma cultura de boa concorrência a AdC tem promovido a difusão do programa de clemência conforme resulta dos relatórios de atividades daquela entidade<sup>155</sup>.

Por outro lado, justificam-se os argumentos favoráveis à criminalização destas práticas atendendo ao efeito nefasto que os cartéis provocam no mercado, nomeadamente nos concorrentes das empresas participantes, no poder de compra dos consumidores e nos lucros amorais que os infratores podem obter com esta atividade.

Desta forma sufraga-se a defesa da criminalização da atividade dos cartéis atendendo não apenas ao impacto negativo que têm na economia, à necessidade de proteção dos consumidores, à necessidade de condenação mais vigorosa de uma conduta imoral e contrária à lei e à dificuldade das autoridades administrativas combaterem os cartéis atendendo ao impacto pouco acentuado da aplicação de coimas, enquanto fator dissuasor.

O que pode chocar no regime da clemência é a justiça e a possibilidade de premiar ou beneficiar quem estiver envolvido numa prática anti concorrencial tão gravosa quanto os cartéis. Contudo, faz sentido olhar para esta solução legal como um mecanismo de eficácia, mais do que, propriamente, de realização de justiça.

Em suma, a existência do regime da clemência coadjuvado com o recurso e reforço de outras formas de combate às práticas anti concorrenciais - como seja o aumento das coimas aplicáveis e a criminalização das condutas - diminui a confiança estabelecida entre os membros de um cartel, enfraquecendo o seu funcionamento, colocando em risco a colusão e a prossecução destas práticas proibidas pelo Direito da Concorrência.

---

<sup>155</sup> Iniciativas de divulgação do programa de clemência pela AdC, constantes dos relatórios de atividades referentes aos anos de 2016, 2017 e 2018, disponíveis em [http://www.concorrenca.pt/vPT/A\\_AdC/Instrumentos\\_de\\_gestao/Relatorio-de-Actividades/Paginas/Relatorio-de-Actividades.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/Instrumentos_de_gestao/Relatorio-de-Actividades/Paginas/Relatorio-de-Actividades.aspx)

## 5. BIBLIOGRAFIA

AUBERT, Cecile e Outros, “The Impact of Leniency Programs on Cartels”, 18th november 2003, página 6, disponível em [https://www.researchgate.net/profile/Cecile\\_Aubert/publication/228593068\\_The\\_impact\\_of\\_leniency\\_programs\\_on\\_cartels/links/0fcfd5139295664150000000.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Cecile_Aubert/publication/228593068_The_impact_of_leniency_programs_on_cartels/links/0fcfd5139295664150000000.pdf)

BECKER, Rainer, e Outros, “The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”, Competition Policy Newsletter, Issue 2, 2008, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/2008\\_2\\_4\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/2008_2_4_en.pdf).

BOGDAN, Matt, Private Enforcement of EU Competition Law: Worth the risk?, disponível em <http://www.keepcalmtalklaw.co.uk/private-enforcement-of-eu-competition-law-worth-the-risk/>

BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox, A Policy At War With Itself*, The Free Press, Nova Iorque, 1993.

BUCCIROSSI, Paolo e Outros, “The Whistle-blowers Rewards, False Reports and Corporate Fraud”, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2993776](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2993776)

CARAMELO GOMES, José Luís, *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2010.

CASTRO MARQUES, Nuno, “A Different Path to the Same Old Question: Why Should Cartels Be Criminalised?”, *Market and Competition Law Review*, vol, I, nº 2, October 2017, Universidade Católica Editora Porto.

CAUFFMAN, Caroline, “The interaction on leniency programs and actions for damages”, *The Competition Law Review*, vol. 7, n.º 2, 2011, página 189, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1941692](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941692).

DIAS PEREIRA, Alexandre L., “Private Enforcement do Direito Antitrust: Novas Perspetivas sobre a Aplicação Privada do Direito da Concorrência com a Diretiva 2014/104/EU”, *Revista de Direito Comercial*, disponível em [www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com) - 2017/12/03.

ESPÍRITO SANTO NORONHA, ESPÍRITO SANTO NORONHA, João, “Litigância Jurídico-Privada e Direito da Concorrência – A Diretiva nº 2014/104/EU, de 26 de novembro de 2014: Divulgação de Elementos de Prova, Efeitos das Decisões Nacionais, Prazos de Prescrição e Responsabilidade Solidária”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 19, julho-setembro/2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & LOUREIRO, Flávia, “Comentários ao artigo 70º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

FREIRE, Paula Vaz, “Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência”, Colóquio de Direito Luso-Brasileiro - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 12 a 16 de maio de 2014, *RJLB*, Ano I (2015).

GAVIL, Andrew I. e Outros, “*Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*”, American Casebook Series, West Group, 2002.

GERBER, David J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe, Protecting Prometheus*, Clarendon Press – Oxford, 1998.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel & ANASTÁCIO, Catarina, “Comentários ao artigo 9º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

HUSCHELRATH, Kai & Sebastian Peyer, “Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach”, CCP Working Paper 13-5, 2013, disponível em

<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=856093125087083087018103086088009100060006063087051074127084023094112097004007068108038021018041122035062066123099109076090092049045093023049075127101015066089126010042049117095121092096108005005122024022018019024126120095076085012112072025073108085&EXT=pdf>.

LOUREIRO, Flávia Novera, *Direito Penal da Concorrência, A Tutela da Liberdade Concorrencial e a Criminalização do Cartel*, Almedina, Coimbra, 2017.

KHEMANI, R e Outros, “Anti-competitive practice” em Directorate for Financial Fiscal and Enterprise Affairs: Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law”, Paris: OCDE, 1993.

POLO, Michele & Massimo Motta, “Leniency Programs and Cartel Prosecution”, may, 10, 1999, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=165688](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=165688).

MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência*, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018.

MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência, Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, Coimbra, 2008.

MOURA E SILVA, Miguel, “Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A. e da União Europeia – Dissertação de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Comunitárias”, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, setembro de 1997.

PAIS ANTUNES, Luis Miguel, “Comentários ao artigo 81º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio”, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2ª edição Almedina, Coimbra, 2017.

RAMOS, Maria Elisabete, “Situação do Private Enforcement da Concorrência em Portugal”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, n.ºs 27 e 28, julho-dezembro/2016.

ROSENBERG, David & James P. Sullivan, “Coordinating private class action and public agency enforcement of antitrust law, in *Journal of Competition Law and Economics*”, n. 195 – June, Oxford University Press, 2006, páginas 159-187, disponível em <https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/2/2/159/892412?>

ROSSI, Leonor & SOUSA FERRO, Miguel, “O Private Enforcement do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, n.º 22, abril-junho/2015.

SILVA MORAIS, Luis Domingos, *Direito da Concorrência, Perspectivas do seu Ensino*, Almedina, Coimbra, 2009.

SOUSA, Sérgio Martins P., “Reflexões Soltas sobre a Jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em Matéria de Confidencialidade e Acesso à Prova”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IX, nº 35, julho-setembro/2018.

STEFFEN BRENNER, “An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program”, Humboldt -University Berlin, March 15, 2005.

XAREPE SILVEIRO, Fernando, “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: Novas Valências, Novos Desafios”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III – Número 10, abril-junho / 2012.

WARDHAUGH, Bruce, *Cartel Leniency and Effective Compensation in Europe: The Aftermath of Pfleiderer*, School of Law, Queen’s University Belfast, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2330243](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2330243)

## 6. ÍNDICE GERAL

RESUMO

ABSTRACT

ABREVIATURAS

1 - INTRODUÇÃO .....	1
2 - O REGIME DA CLEMÊNCIA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA .....	2
2.1 - Brevíssima Referência à Génese do Direito da Concorrência nos Estados Unidos da América e na União Europeia .....	2
2.2 - Noção de cartéis .....	7
2.2.1 - Algumas decisões relativas à deteção e condenação de cartéis .....	16
2.2.2 - Estatísticas relativas ao combate aos cartéis na UE e em Portugal.....	18
2.3 - O regime da clemência .....	18
2.3.1 - Brevíssima referência ao regime da clemência norte-americano .....	21
2.3.2 - O regime da clemência no direito comunitário .....	23
2.3.3 - O regime da clemência no direito nacional .....	28
2.3.4 - Algumas decisões relativas à concessão de clemência .....	34
2.3.4.1 - Experiência norte-americana .....	34
2.3.4.2 - Decisões da Comissão Europeia .....	34
2.3.4.3 - Decisões da Autoridade Nacional da Concorrência .....	36
2.4 - Articulação do Regime da Clemência com o <i>Private Enforcement</i> .....	38
2.4.1 - Acesso a meios de prova .....	46
3 - BALANÇO DO REGIME DA CLEMÊNCIA .....	57
4 - CONCLUSÕES .....	66
5 - BIBLIOGRAFIA .....	69
6 - ÍNDICE GERAL .....	73